

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL
A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL DE 1988**

Leila Carioni Barbosa

Orientador: Professor Doutor Moacyr Motta da Silva

Florianópolis, janeiro de 2002

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
E SUA RELAÇÃO COM OS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL
A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL DE 1988**

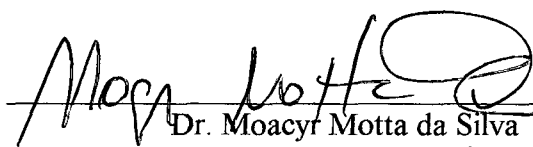
Dissertação apresentada em defesa pública na
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC-, como requisito à obtenção do título de
Mestre em Direito.

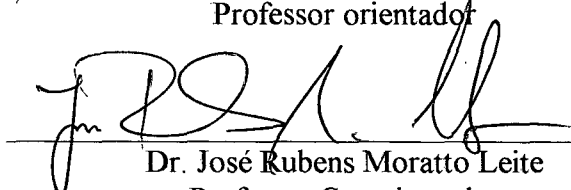
Leila Carioni Barbosa

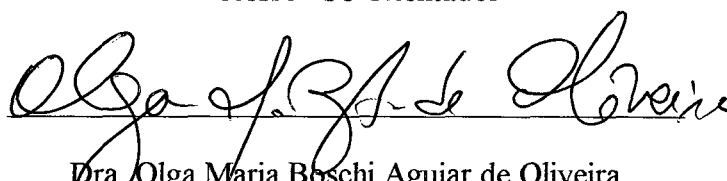
Orientador: Professor Doutor Moacyr Motta da Silva

Florianópolis, janeiro de 2002

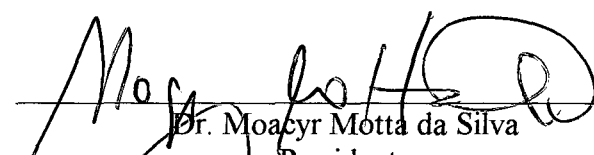
O presente trabalho de dissertação foi julgado APTO para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovado em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina.



Dr. Moacyr Motta da Silva
Professor orientador

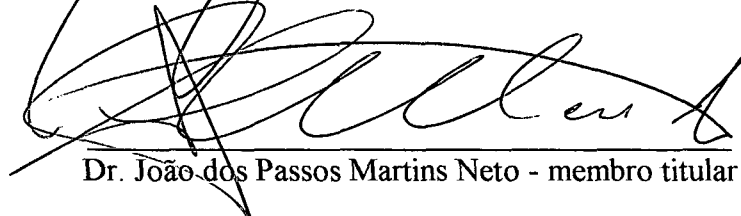

Dr. José Rubens Moratto Leite
Professor Co-orientador


Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
Coordenadora do CPGD-UFSC

Defendida perante banca examinadora, composta pelos professores:


Dr. Moacyr Motta da Silva
Presidente


Dr. Josel Machado Corrêa – membro titular


Dr. João dos Passos Martins Neto - membro titular

Dr. Orides Mezzaroba - membro suplente

Florianópolis, fevereiro de 2002.

Dedico esta dissertação

À minha mãe por nunca deixar de acreditar,
me concedendo sua compreensão e apoio incondicionais.

De tudo ficaram três coisas:

A certeza de que estamos começando,

A certeza de que é preciso continuar,

*A certeza de que podemos ser interrompidos antes de
terminar.*

Fazer da interrupção um passo novo,

Fazer da queda um passo de dança,

Do medo uma escada,

Do sonho uma ponte,

Da procura um encontro.

E assim terá valido a pena existir.

(Fernando Sabino)

AGRADECIMENTOS

Quero registrar meus agradecimentos à minha família, em especial à minha mãe, por todos os conselhos e todos os silêncios, fundamentais na minha vida por me ensinarem a trilhar meu próprio caminho, sem medo, na certeza do amor no meu regresso.

Aos meus amigos que estiveram sempre presentes, mesmo à distância, e àqueles que não desistiram de tentar, de telefonar, de me convidar. Pronto, agora já posso ir!

Quero agradecer ao meu orientador e amigo, Professor Doutor Moacyr Motta da Silva, que acreditou neste projeto desde o primeiro momento.

Ao Professor Doutor Silvio Dobrowolski, cuja generosidade me permitiu a participação nos seminários de doutorado referente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que evidentemente foram essenciais.

Finalmente um agradecimento especial à Professora Doutora Rosa Alice Mosimann, que corrigiu este trabalho com o carinho da amizade que se fez de tantas tardes regadas a um bom chá.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
RESUME.....	IX
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 - OS PRINCÍPIOS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	9
1.1. Princípio Jurídico: Aspectos conceituais.....	12
1.1.1. Princípios jurídicos no ordenamento constitucional: Evolução histórica.....	12
1.1.2. Princípios e regras, características e funções dos princípios.....	16
1.1.3. Conflito entre regras e colisão de princípios.....	23
1.1.4. A estrutura proposta por Canotilho.....	27
1.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como sistema aberto de regras e princípios.....	31
1.2.1. A postura axiológica da Constituição.....	38
1.2.2. Normas programáticas e a eficácia da Constituição.....	40
1.2.3. A força normativa da Constituição.....	44
1.3. Princípios constitucionais e processo.....	46
1.3.1. O assento constitucional de princípios processuais.....	47
1.3.2. Direito processual e defesa de direitos fundamentais.....	49
CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.....	53
2.1. O princípio do devido processo legal.....	53
2.1.1. Origem, conceito.....	55
2.1.2. Devido processo legal substancial ou material.....	59
2.1.3. Devido processo legal procedimental ou processual.....	61
2.2. Os princípios derivados do devido processo legal.....	61
2.2.1. Princípio da jurisdição, conceito e características.....	61
2.2.1.1. Princípio da independência.....	65
2.2.1.2. Princípio da inércia da jurisdição.....	65
2.2.1.3. Princípio do duplo grau de jurisdição.....	67
2.2.1.4. Jurisdição de direito e jurisdição de equidade.....	68

2.2.2. Princípio do acesso à justiça.....	69
2.2.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	72
2.2.4. Princípio do juiz natural.....	75
2.2.4.1. Princípio da imparcialidade.....	78
2.2.4.2. Princípio da investidura e aderência ao território.....	80
2.2.4.3. Princípio da indelegabilidade e da indeclinabilidade.....	80
2.2.4.4. A função jurisdicional e o juiz.....	81
2.2.5. Princípio da publicidade.....	83
2.2.6. Princípio da motivação das decisões.....	85
2.2.7. Princípio da isonomia.....	88
CAPÍTULO 3 - DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONCEITO DE JUSTIÇA.....	93
3.1. Direitos fundamentais: Breve caracterização.....	93
3.1.1. Restrição e conformação de direitos fundamentais.....	101
3.1.2. Colisão de direitos fundamentais.....	105
3.2. O princípio da proporcionalidade:.....	107
3.2.1. Origem e pressupostos.....	108
3.2.2. A construção de Alexy.....	113
3.2.3. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios:.....	117
3.2.3.1. O princípio da adequação.....	117
3.2.3.2. O princípio da exigibilidade ou necessidade.....	118
3.2.3.3. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	120
3.3. O princípio da proporcionalidade enquanto princípio de justiça.....	122
3.3.1. A justiça como equidade e o princípio da proporcionalidade.....	125
3.3.2. O princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro.....	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134
GLOSSÁRIO.....	149

RESUMO

A questão da proporcionalidade tem servido de objeto de estudo em diversos países, que adotaram o sistema da common law (que a denominam razoabilidade), como os que derivam do sistema românico-germânico, a exemplo do Brasil (e utilizam a expressão proporcionalidade que confere outra acepção ao termo razoabilidade). Embora tenha sido alvo de pesquisas, ainda não ficou claro o entendimento nacional no que concerne o alcance e a aplicabilidade do princípio no caso concreto, pois parece que sua utilização tem radicado muito mais em sede do controle de constitucionalidade.

A temática da proporcionalidade implica no reconhecimento dos direitos fundamentais inseridos em uma Constituição, a força e efetividade deste documento, bem como a inserção dos direitos fundamentais no degrau mais alto da pirâmide normativa, norteador toda e qualquer atuação, seja legislativa, seja judicial. A partir do reconhecimento da Constituição como *norma normarum*, formada por regras e princípios, todos com valor normativo, e da inserção do catálogo de direitos humanos na Lei Fundamental, traça-se a importância de um método de interpretação desses direitos fundamentais (que funcionam à maneira principal), na realização do substrato de qualquer sistema jurídico, realizar a justiça. A justiça, aqui referida, não radica em discussões filosóficas, posto que urge instrumentalizá-la. Ela será o resultado de um método, um procedimento justo. Desta forma, o juiz, orientado pelos próprios princípios do processo civil, consegue chegar a uma decisão justa para o caso concreto levado a exame, utilizando o método racional da proporcionalidade.

RESUMÉ

La question de la proportionnalité est l'objet d'études dans divers pays ayant adopté le système de la common law (qu'ils appellent raisonnable), comme dans ceux qui dérivent du système romanico-germanique, à l'exemple du Brésil (et utilisent l'expression proportionnalité qui confère une autre acception au mot raisonnable). Bien que cela ait été l'objet de maintes recherches, l'entendement national concernant la portée et l'applicabilité du principe en siège juridictionnel n'est pas encore clair, puisqu'il paraît que son utilisation n'est fixée que dans le domaine du contrôle de constitutionnalité.

La thématique de la proportionnalité implique en la reconnaissance des droits fondamentaux insérés en une Constitution, dépend de la force et l'effectivité de ce document aussi bien que de l'insertion des droits fondamentaux au plus haut degré de la pyramide normative kelsenienne, directionnant toute activité, soit législative, soit judiciaire. À partir de la reconnaissance de la Constitution en tant que *norma nomarum*, formée de règles et principes, ayant tous une valeur normative, et de l'insertion au catalogue des droits humains en la Loi Fondamentale, on dessine l'importance d'une méthode d'interprétation de ces droits fondamentaux (qui fonctionnent selon les principes), en la façon de réaliser la justice dans le soustract de n'importe quel système juridique.

La justice, ici référée, ne se fixe pas dans des discussions philosophiques, étant donné qu'il est urgent de l'instrumenter. Elle sera le résultat d'une méthode, une procédure juste. De cette façon le juge, orienté par les principes mêmes du procès civil, arrive à une décision juste dans le cas précis qui a été examiné, employant la méthode rationnelle de la proportionnalité.

INTRODUÇÃO

O tema ou princípio da proporcionalidade é um dos mais pesquisados atualmente, pois, não obstante sua larga aceitação na doutrina e jurisprudência estrangeiras, no Brasil tem tido uma utilização ainda modesta. Sem dúvida, ele traz consigo toda uma discussão acerca da Constituição, da teoria dos princípios e principalmente dos direitos fundamentais. Embora o espaço desta dissertação seja limitado, procurar-se-á percorrer os caminhos inevitáveis para se chegar a uma análise coerente.

A teoria dos princípios constitui, assim, o marco teórico fundante desta pesquisa e será tratada desde logo no capítulo primeiro, assim como as questões atinentes à Constituição. Outrossim, haverá um espaço destinado ao estudo de alguns dos princípios constitucionais do processo civil, efetuando um corte epistemológico que privilegie o princípio do devido processo legal. Esta opção metodológica justificará a própria discussão da origem do princípio da proporcionalidade (e/ou da razoabilidade) dentro do ordenamento jurídico constitucional. O terceiro capítulo, enfim, terá como objeto principal a verificação do princípio da proporcionalidade e sua relação com os princípios do processo, bem como a realização da justiça ou de um conceito de justiça.

Preliminarmente cumpre verificar que, em sistemas constitucionalistas, é a Constituição que contém os valores supremos e os ditames básicos do ordenamento jurídico. Ela faz do direito processual um instrumento público de realização da justiça. Assim, a previsão constitucional de instrumentos

de garantia do processo, no corpo constitucional, decorre da proclamação de valores éticos provenientes dos direitos fundamentais sobre os quais repousa a nossa organização política.

A Constituição é composta de muitos princípios que necessitam ter eficácia no mundo jurídico. Sem essa eficácia, eles seriam meros ditames morais, desprovidos de uma força capaz de direcionar o ordenamento jurídico.

Apesar do reconhecimento dos princípios, a dificuldade e o próprio desconhecimento de como se operá-los, tem suscitado dúvidas e colocado o operador do direito numa posição ainda muito positivista face ao Direito, fazendo com que trabalhe exclusivamente com a lei. Isto se dá porque está completamente interiorizado o entendimento de que “a lei prescinde a sanção” para que a conduta seja exigível, e a norma que não contenha em si a sanção, é tratada como norma vazia. Ora, embora princípios não ditem hipótese fática e conseqüente jurídica à maneira das regras, eles constituem a base do ordenamento jurídico, enquanto normas que são. Ignorá-los seria deixar ruir todo o edifício jurídico-constitucional.

Segundo ensina Hesse, a força da Constituição reside em sua força normativa. Contrariamente a Lassale, diz que a Constituição não é uma mera folha de papel, mas existem certos pressupostos realizáveis que permitem assegurar a sua força. Somente no caso de esses pressupostos não poderem se realizar as questões jurídicas se converteriam em questões de poder. É o que leva Hesse a afirmar que para que uma Constituição realize da melhor forma sua força normativa, deve conter poucos princípios fundamentais.

Há, ainda, uma grande relação entre a normatividade constitucional e a vinculação do direito constitucional com a realidade. Sem essa relação, princípios fundamentais como o da liberdade, estão ameaçados e, com eles, a própria justiça.

Na esfera do direito constitucional brasileiro observa-se a patente atenção do legislador constituinte na positivação de direitos fundamentais, especialmente quanto aos direitos individuais e coletivos, além da sua positivação pronunciar-se de forma expressa no sentido da imediata aplicabilidade das ditas normas.

A questão dos direitos fundamentais constitui tema central das discussões constitucionais na atualidade. De fato, não há como evitar o assunto ao se tratar de princípio da proporcionalidade, uma vez que ele tem sua atuação justamente na esfera desses direitos, como dos bens constitucionalmente protegidos. Assim, o trabalho será desenvolvido tendo como pressuposto a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Neste contexto far-se-á algumas considerações sobre o desenvolvimento e as construções teóricas pertinentes ao objeto direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são tradicionalmente caracterizados como direitos de defesa, quando o particular pode exigir a abstenção legítima, ou a limitação do poder de interferência do Poder Público em sua esfera de liberdade; direitos de prestação e de proteção, no momento em que é lícito ao particular solicitar a proteção do Estado contra a intervenção de terceiros. Dentro destes

últimos figuram os direitos de participação na organização e procedimento, dentre os quais constam os direitos fundamentais processuais.

Deste modo, para o desenvolvimento desta dissertação, faz-se necessário introduzir a temática dos princípios jurídicos. Assim sendo, parte-se da conceituação desse princípio e sua relação com as regras dentro do sistema normativo sendo a Constituição o cerne dos princípios enquanto normas será feito um estudo da Constituição, das espécies de normas que a compõem, bem como uma análise do fenômeno da efetividade constitucional.

Há que antecipar que a Constituição abordada aqui é o referente contemporâneo, corpo político-normativo que determina as normas fundamentais de organização do Estado, a separação das funções do poder do Estado e os direitos e garantias fundamentais como seus valores fundantes.

Urge enfatizar que na seara dos princípios, não pareceria coerente conferir um valor a um determinado princípio que esvaziasse totalmente outro, o que poderia acarretar a todo o sistema normativo um mal irremediável. A despeito desta constatação, o que se verifica é que da colisão entre princípios, muitas vezes há a necessidade de privilegiar um princípio em detrimento de outro. É quando fica evidente a atuação do princípio considerado como o princípio dos princípios, a máxima da proporcionalidade, pois este tipo de restrição só se realiza no caso concreto, seara de atuação do princípio da proporcionalidade.

O momento atual exige, destarte, uma *procedimentalização*¹ da Constituição e a conseqüente constitucionalização do procedimento enquanto alternativa racional para o Estado Democrático de Direito em responder aos anseios sociais e individuais no tocante à participação das opções adotadas por este Estado, que devem ser tratadas na forma da máxima da proporcionalidade, demonstrar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas.

Da mesma forma, com a positivação constitucional de princípios do processo, tem-se a elevação destes a categoria constitucional, e com isso aumenta a sua importância e a sua responsabilidade em alcançar o escopo do acesso à justiça procedimental.

O processo, então, é entendido como o meio adequado que visa responder aos anseios de justiça. No entanto, para que ele ocorra de uma forma justa, são necessários certos princípios básicos que orientem a sua condução. Desta forma, o direito ao processo justo constitui garantia constitucional, que tem seu fundamento na noção de justiça social. As garantias não visam apenas o interesse das partes, mas a salvaguarda do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição. Isto porque, com o Estado de Direito, o processo não mais pode ficar à mercê da vontade do soberano, mas é reflexo direto, entre outras coisas, de um Estado de legalidade.

Assim sendo, o presente estudo tem como objeto o estudo do princípio da proporcionalidade na atuação jurisdicional, da busca pelo juiz da

¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 82-83.

justiça no caso concreto. Não obstante a pesquisa não tenha o objetivo de averiguar nenhum caso concreto específico, servirá como parâmetro para a atividade do juiz, qual seja, a prestação jurisdicional, a entrega da justiça justa. Para isso o juiz tem como instrumento principal o processo, que constituirá a viga mestra de toda sua construção decisória.

Deste modo, o primeiro capítulo abordará a temática dos princípios jurídicos, sua construção e posição dentro do ordenamento jurídico, as questões atinentes à Constituição enquanto documento jurídico-político em estrita relação com a sociedade, ou seja, sua efetividade, e ainda a consubstanciação de princípios processuais constitucionais de processo.

Ato contínuo, os princípios serão considerados na esfera do processo, tendo como referente principal a defesa dos direitos fundamentais. Há que insistir: os princípios constitucionais do processo constituem garantias de direito, mas também constituem direitos fundamentais em si mesmos. Assim, a questão que envolve a defesa dos direitos fundamentais deve conter a possibilidade de sua restrição, com o intuito de viabilizar sua otimização. Nesta restrição, tanto princípios quanto regras atuam para proporcionar a maximização dos resultados, já que existem situações em que as regras não são suficientes para dirimir uma situação jurídica concreta. Neste momento, entram em cena os princípios, e com eles a tensão provocada pela diferença de valor entre eles (consequência da relação de ponderação que se realiza face ao caso concreto). Isto se dá principalmente porque a relação entre os princípios é horizontal, não existe a

prevalência deste ou daquele princípio, pois todos têm valor igual numa posição *prima facie*.

O capítulo segundo adotará como objeto central de estudo o princípio do devido processo legal e de alguns princípios do processo civil. A partir do desenvolvimento destes dois capítulos, ter-se-á a base para a construção do terceiro e derradeiro capítulo, que estudará o princípio da proporcionalidade e o conceito de justiça nele embutido, sem olvidar um caminho obrigatório a ser percorrido (embora brevemente por não se tratar do objeto principal do estudo): o estudo dos direitos fundamentais. Outrossim, o princípio da proporcionalidade está intimamente ligado ao princípio da isonomia, isto porque se trata da isonomia como equidade, à maneira aristotélica de justiça distributiva. Há que ressaltar: quando se falar em justiça, trata-se da justiça justa, a verdadeira instância ética de garantia à dignidade da pessoa humana.

A presente pesquisa busca averiguar se pode o juiz, no trato com os princípios constitucionais do processo, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, alcançar a instrumentalização da justiça processual. Conseqüentemente, a pesquisa se justifica na busca pela efetivação da justiça no âmbito processual, que vai valer-se do princípio da proporcionalidade no trato com os princípios processuais insculpidos na Carta Magna, ápice do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito.

A teoria de base utilizada no tocante à teoria dos princípios tratada no primeiro capítulo radica na obra de Esser, Larenz, Canaris, Dworkin e, finalmente Robert Alexy, tanto no que concerne a teoria dos princípios, quanto no

derradeiro capítulo, quando se discute os direitos fundamentais e sua colisão. Autores brasileiros serão igualmente estudados, dentre os quais Willis Santiago Guerra Filho, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Luís Roberto Barroso.

A metodologia² adotada tem como método de abordagem o dedutivo. O método de procedimento utilizado será o monográfico, e a técnica de pesquisa utilizada, a bibliográfica.

² OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/ed., 1999.

CAPÍTULO I

OS PRINCÍPIOS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

1.1. Princípio Jurídico: Aspectos conceituais.

Diversas ciências ou ramos do saber utilizam o termo princípio³, seja para designar o início, a causa primária ou primeira, a origem de determinada teoria para justificar sua posição na construção dos conhecimentos. O termo já é encontrado na Bíblia Sagrada, traduzido pela locução: *No princípio era o Verbo(...)*. Deste texto inspirou-se a constitucionalista Carmem Lúcia Antunes Rocha quando diz que é nele que repousa toda a essência de uma ordem jurídica, bem como seus fundamentos.⁴ O entendimento do jurista alemão Joseph Esser⁵ é o mesmo, quando afirma que princípio é o ponto de partida do sistema de normas, assim como também sua parte jurídica.

³ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393. (...) 2. *Causa primária*, 3. *Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico*. 4. *Preceito, regra, lei*. (...) 7. *Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente como inquestionável*.

⁴ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 21. *O princípio é o Verbo(...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado*.

⁵ Cf. ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1990, p. 32.

Na mesma acepção, princípio, para Gordillo⁶ é, *ao mesmo tempo, norma e diretriz do sistema jurídico*, ou seja, é conteúdo e o que lhe confere o sentido.

É importante notar que princípio tem caráter teleológico acentuado quando referente ao direito, ou seja, o princípio orienta-se no sentido de realização de valores, uma opção fundamental. Saliente-se que princípio e valor não se confundem. Assim, os princípios constituem uma ordem valorativa de hierarquia constitucional superior, que confere o conteúdo constitucional e dirige o ordenamento jurídico.⁷

Princípio, conforme o ensinamento de Bandeira de Mello, é o núcleo e alicerce do ordenamento jurídico, constitui o seu espírito e lhe dá o sentido. Por isto todas as demais normas do sistema normativo devem-lhe respeito, uma vez que ele define a racionalidade do sistema, sua forma de compreensão e sua harmonia enquanto sistema. *É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*⁸. Por esta razão, violar um princípio é solapar a estrutura de todo o ordenamento jurídico constituído, colocando em risco o arcabouço ideológico e os valores desposados pela sociedade que se rege por este ordenamento.

⁶ GORDILLO, Agustín. **Introducción al derecho administrativo**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p.176.

⁷ No mesmo sentido, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 254. *os princípios são, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada*

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545-546.

No âmbito da distinção entre princípios gerais do direito e princípios jurídicos que constituem regras jurídicas, Antoine Jeammaud⁹ refere que estes últimos pertenceriam ao mundo e à linguagem do direito. Sua relação, então, é de vigência e/ou eficácia, enquanto os princípios gerais pertencem à linguagem dos juristas, com que descobrem, dentro do ordenamento jurídico, as tendências do direito positivo, como justiça, equidade, e outros.

Após larga incursão dogmática, Guastini¹⁰ enumera os diversos significados jurídicos do conceito de princípio resumindo-os em normas de alto grau de generalidade. Em virtude do alto grau de indeterminação é necessário interpretá-los quando de sua aplicação. Constituem-se, ainda, normas de caráter programático cuja posição hierárquica enquanto fonte de Direito é bastante elevada, desempenhando, assim, função fundamental no sistema jurídico ou político. São, ainda, normas dirigidas a órgãos de aplicação do Direito que viabilizam a aplicação dos mesmos, no caso concreto, em situações de difícil solução.

Vale ressaltar que o mundo do Direito procura apartar-se da visão unívoca do mundo. Ao contrário, tenta percebê-lo como um mundo plurívoco, onde cada fenômeno adquire seu sentido. Tal circunstância lhe confere um caráter deveras particular em virtude das inúmeras interpretações que cada fenômeno jurídico pode ensejar. Assim, os princípios jurídicos¹¹ estão para o Direito como

⁹ Cf. JEAMMAUD, Antoine. *Les Principes dans le droit français du travail*, in *Droit social*, ns 9-10, set-out, 1982, p.618

¹⁰ Cf. GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino, 1990, p.112.

¹¹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 316. *Os "princípios jurídicos" não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia de direito, que, todavia não*

orientação, o seu “norte”, mas sem a pretensão de conferirem um significado único para o fenômeno jurídico.

1.1.1. Princípios jurídicos no ordenamento constitucional: Evolução histórica.

A evolução histórica dos princípios comporta uma classificação inicial em três momentos distintos, dos quais verificam-se as influências jusnaturalista, juspositivista e a pós-positivista, respectivamente.

No primeiro momento, o referente à influência jusnaturalista¹², o ordenamento jurídico encontrava seu cerne nos princípios gerais de direito, que por sua vez originam-se do direito natural imutável fundado na razão¹³. Desta forma, Bonavides refere-se a uma dimensão *ético-valorativa*¹⁴ orientando a justiça. Ainda, ao citar Flórez-Valdés, afirma que a corrente jusnaturalista entende os princípios gerais de direito enquanto axiomas jurídicos, e desenvolve sua teoria

chagaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar “fundamentos justificativos” delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas “carecidas de concretização”, a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos. Contribui para a sua evidência, proporcionadora de amplo um consenso, a comprovação de sua sedimentação em conteúdos regulativos de Direito positivo. Estão em parte declarados na Lei Fundamental e têm, por isso, dignidade constitucional.

¹² Cf. Kelsen, Hans. **O Problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 71. Kelsen identifica o jusnaturalismo como uma doutrina idealista que se identifica com a justiça. Em relação à visão jusnaturalista vale a lição de CÍCERO em *Da República* LIII, XXII: *Há uma lei verdadeira, reta razão, conforme a natureza, presente em todos, imutável e eterna; ela chama o homem ao bem com seus mandamentos e o desvia do mal com suas proibições. Quer ordene, quer proíba, ela não se dirige em vão aos homens de bem, mas não exerce ação alguma sobre o maldoso. Não é permitido infirmá-la por outras leis, nem derogar-lhes os preceitos; é impossível abrogá-la por inteiro, nem o Senado, nem o povo podem liberar-nos dela. Ela não será diferente do que é hoje, mas uma única lei, eterna e inalterável, regerá a um só tempo todos os povos em todos os tempos; como um único senhor é chefe, é ele que é o autor da lei, que a promulgou e a sanciona, aquele que não lhe obedece se pune a si próprio renegando sua natureza humana e se reserva o maior castigo.*

¹³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico, lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 56.

¹⁴ BONAVIDES, P. op. cit., p. 232.

como princípios de justiça ditados pela reta razão aristotélica¹⁵. Em outras palavras, a justiça deriva diretamente da lei natural de bem obrar.¹⁶

Num segundo momento o juspositivismo entende os princípios como fonte normativa subsidiária, meras *válvulas de segurança*, segundo adverte Cañas¹⁷, e não como uma norma hierarquicamente superior à lei, isto porque os princípios eram extraídos da própria regra jurídica, estavam inseridos nos Códigos, o que lhes conferia seu valor¹⁸. Ressalte-se que no momento do positivismo jurídico o direito positivo é hierarquicamente superior ao direito natural, isto porque segundo Kelsen¹⁹, o maior expoente do pensamento positivista, do ser não se pode extrair o dever-ser, mas é da confrontação do ser com o dever-ser que se pode fazer o juízo de um fato sob a análise da norma e chegar a um conceito de justo ou injusto tendo como ponto central a correspondência ou não com a norma ou o ordenamento. Importante salientar que para esta corrente de pensamento, se a norma fundamental do sistema vale, todo o ordenamento jurídico também vale²⁰. Neste momento os princípios passam à ordem constitucional como norma programática, mas ainda desprovidos de normatividade.

¹⁵ Para a compreensão dos ditames da reta razão, vide ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro da versão inglesa de W.D.Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁶ BONAVIDES, P. op. cit., p.234.

¹⁷ CAÑAS, Antonio Gordillo. Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. In: *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. 2, abril-junho/88, p. 485.

¹⁸ Aqui estamos entendendo valor como importância, radicada na necessidade de contenção do poder soberano do Estado face ao cidadão, pois a concepção juspositivista é uma concepção da validade da norma jurídica e não do valor em si. Há que se pensar na época do seu surgimento, pois hoje parece evidente que o excesso de legalismo pode também levar a arbitrariedades por parte da autoridade pública.

¹⁹ Cf. KELSEN, Hans. *O Problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72.

²⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

O terceiro momento é o do pós-positivismo, em que as Constituições contemporâneas destacam a *hegemonia axiológica dos princípios*²¹, princípios estes tidos como aceites pelo menos por alguns dos destinatários do direito²² e que a estes se submeterão como fundamento de todo o edifício jurídico. Tendo em mente que esta fase corresponde à positivação constitucional dos direitos sociais, é possível afirmar que nela está todo desenvolvimento da norma programática.

A partir desta primeira classificação, Dworkin, representante do pós-positivismo, faz sua crítica²³ ressaltando a necessidade de se tratar os princípios como direito. Isso porque, segundo ele, os princípios também impõem uma obrigação legal de conduta, pois no caso de ocorrer a falta de uma regra para um caso difícil²⁴, a obrigação legal não existiria, ficando à mercê do estabelecimento da regra pelo juiz no caso concreto.

Larenz²⁵ estabelece duas categorias de princípios: primeiramente os *princípios abertos*, que compõem as idéias jurídicas norteadoras do sistema, denominadas *ratio legis* que prescindem de uma atividade que lhes garanta a concreção necessária, pois entende que não se configuram como norma propriamente dita. A segunda categoria, a dos *princípios normativos*, são os de aplicação imediata. Apesar destes últimos, afirma que se tratam de *pautas carecidas de preenchimento*, e que dependem, portanto, da atuação do legislador

²¹ BONAVIDES, P. op. cit., p. 237.

²² Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 111.

²³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997. O positivismo do qual se preocupa Dworkin teve como alvo a obra de Hart.

²⁴ No original, *hard cases*.

²⁵ Cf. LARENZ, K. op. cit., p. 463.

ordinário e da atuação do juiz e dos tribunais. Nesta atuação ou concreção o juiz fica adstrito à escolha estabelecida pelo legislador, que somente será contrariada se a patente inconstitucionalidade ficar demonstrada²⁶.

Os princípios que constituem normas jurídicas, ou os princípios positivados são os que servirão de suporte e limitação para a interpretação das regras que figuram na Constituição; eles permitem verificar a intensa interatividade entre princípios e regras, apesar das diferenças estruturais entre eles.

Os princípios enquanto espécies do gênero norma fazem parte do ordenamento jurídico. No momento em que os princípios alcançam o mais alto grau hierárquico, qual seja, o nível constitucional, eles adquirem força e eficácia tanto para orientar o corpo legislativo como a produção jurisprudencial.

Esser²⁷ alude que os princípios, estejam ou não codificados, constituem-se parte do ordenamento jurídico e manifestam-se através da interpretação enquanto o próprio direito vigente, e não como direito que deva ser criado através da interpretação. Em outras palavras, os princípios podem ser explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico. Denota-se que os princípios implícitos são os valores que conferem dimensão e sentido às regras. Eles não derivam destas, mas estão enraizados nas regras. Desta forma, mesmo em relação

²⁶ Cf. LARENZ, op. cit., p. 482. *Enquanto “princípios” são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição, um primado de concretização pelo legislador.(...) Só quando – e na medida em que – a regulação encontrada pelo legislador contradiz pura e simplesmente o princípio constitucional, quer dizer, não representa já qualquer possível concretização do princípio, é que se há de recusar a validade à lei, por inconstitucional.*

²⁷ Cf. ESSER, J. op. cit. p.120.

aos princípios não declarados, não escritos, pode ser percebida sua influência permeando as demais normas, dando-lhes significado e alcance.

1.1.2. Princípios e regras, características e funções dos princípios.

Uma vez entendidos princípios e regras como espécies do gênero norma, cumpre distingui-los. Os princípios diferenciam-se das regras, especialmente porque as regras definem as hipóteses fáticas e suas conseqüentes jurídicas correspondentes. Enquanto isso os princípios não prescrevem situações jurídicas, mas valores que adquirem validade jurídica objetiva, a sua *positividade*.²⁸

Ensina Agustín Godillo²⁹ que a norma dá o limite da ação de alguém, enquanto o princípio não somente baliza o limite, mas também lhe dá o conteúdo. Neste sentido, dar o conteúdo a uma ação significa conferir-lhe uma dimensão valorativa que lhe dá fundamento. Afirma, ainda, o fato de que a norma faculta a interpretação em mais de um sentido. O princípio atua de maneira contrária, porque ele é diretivo, exige que seja realizado em seu sentido axiológico, seu espírito, seu conteúdo.

Observa-se que a regra, mesmo em nível constitucional deve seguir a orientação axiológica³⁰ dos princípios, ou seja, tem sua interpretação e sua

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 52.

²⁹ Cf. GORDILLO, A. Op. Cit. p.176-177.

³⁰ A grande maioria dos autores que tratam a questão dos princípios colocam-nos em uma relação axiológica. CANARIS, ao contrário, defende a tese de que um sistema axiomático não comporta a contradição entre princípios. Em um sistema teleológico, a contradição é perfeitamente conciliável. Para aprofundamento do tema vide CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Calouste Gulbenkian, 1985, págs. 100-102.

eficácia condicionadas por eles, apesar de os princípios não determinarem concretamente a situação fática em que seus postulados terão aplicação, nem sua forma. Isto para Geraldo Ataliba³¹, decorre da *hierarquia substancial*³² a que estão submetidos. Pode-se dizer que a carga valorativa dos princípios é hierarquicamente superior à das regras.

Tanto regras quanto princípios são de alguma forma gerais. Não existem para tratar um caso concreto especificamente, razão pela qual a generalidade é um traço característico de ambas as normas. A diferença consiste em que a generalidade das regras é no sentido de reger um número indeterminado de *atos ou fatos*, mas é criada para uma situação jurídica determinada, enquanto a generalidade dos princípios consiste em uma *série indefinida de aplicações*³³. Vale dizer que um princípio cobre a maior parte das situações jurídicas existentes, enquanto uma regra vale para uma situação jurídica determinada.

Esser, ao buscar a definição para os princípios, estabelece que dentro de um sistema normativo, eles não prescrevem ordens como as regras, ao contrário, contêm apenas os fundamentos que vão embasar as ordens normativas. Assim, a distinção entre regras e princípios, além de radicar no *grau de abstração e generalidade*, é feita na noção de qualidade³⁴, pois o princípio possui valor, sua dimensão axiológica.

³¹ Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 6.

³² Alude ESSER, op. cit. p. 77, que o termo “valor substancial” quer designar a efetividade de uma estimativa prejurídica determinada em oposição a formulações abstratas e programáticas de ideais éticos, tão carentes de força de convicção normativa, como as definições teóricas da “justiça”.

³³ BONAVIDES. Op. cit. p. 240.

³⁴ ESSER, J. op. cit., p. 51. Termo original: *Qualität*.

Convém lembrar que outras correntes de pensamento buscaram a distinção entre princípio e regra também na questão do valor: elas definem a distinção entre regras e princípios com o critério do *fundamento de validade*, segundo o qual os princípios seriam dedutíveis diretamente da noção de Direito, de Estado de Direito, de Justiça, ou seja, seriam fundamentos jurídicos. Desta forma, observa-se que os princípios são normas de natureza diversa daquela das regras, não apenas em função da maior abstração e generalidade, como também pelo fato de os princípios determinarem valores, ou seja, radicarem em um *fundamento de validade* de todo o sistema normativo. Desta forma, negar-lhes valor seria colocar em risco todo o corpo normativo.

É importante considerar que os princípios também não se confundem com axioma que é uma proposição aceita por todos como verdadeira e que não é passível de comprovação, já o princípio pertence ao mundo jurídico deontológico do dever-ser, por isso carece de concretização.³⁵ Há que verificar, como fez Canaris³⁶, que os princípios adquirem seu conteúdo no jogo de complementação e restrições que exercem entre si, ou seja, seu alcance e seu significado são descobertos a partir dos jogos com os demais princípios.

Dworkin³⁷, ao comentar as doutrinas da discricionariedade do juiz e da obrigação legal da teoria de Hart, argumenta que os princípios de fato constituem-se em Direito, determinando a obrigação legal a partir deles. Os princípios, diz ele, têm uma *dimensão de peso* que nas regras não se observa.

³⁵ Para um aprofundamento na questão ver ÁVILA, Humberto Bergmann. **A Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar 1999.

³⁶ Cf. CANARIS, C. *op. cit.*, p. 92.

³⁷ Cf. DWORKIN, R. *op. cit.*

Significa que em cada caso específico, um princípio terá um valor maior, uma dimensão de peso superior a de outro princípio, sem, contudo, invalidar este último. Isto sugere que, em caso diverso, um mesmo princípio em que ora verifica-se uma dimensão de peso superior à dos demais, pode ter sua importância diminuída em um caso futuro.

Alexy³⁸, por seu turno, ao comentar o pensamento de Dworkin em relação à *dimensão de peso* por ele proposta, estabelece que princípios são normas jurídicas que determinam *deveres ou mandamentos*³⁹ de otimização que devem ser aplicados segundo as possibilidades normativas e fáticas. Normativas porque sua aplicação depende das regras e dos princípios com os quais se relacionam, e fáticas porque o seu conteúdo se define em função dos fatos. Assim, afirma o jurista alemão que o que tem dimensão de peso não são os princípios em si, mas os fins a que eles aludem em sua aplicação⁴⁰, já que os princípios são de natureza *prima facie*, isto é, estabelecem os fins a serem alcançados, mas não determinam quais os meios que deverão ser utilizados neste desiderato. Alexy estabelece, ainda, que enquanto os princípios constituem-se em razões *prima facie*, as regras são razões definitivas, a menos que seja estabelecida uma cláusula de exceção. Com isto parece concluir que o princípio é sempre uma razão básica para um juízo de dever-ser, que será concretizado na regra que se constitui a partir da razão

³⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

³⁹ O autor considera que o conceito de mandamentos abarca tanto as permissões quanto as proibições.

⁴⁰ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 28. Sem esquecer que o autor trabalha os princípios voltados para os direitos fundamentais, ou seja, a razão, os fins a serem alcançados.

definitiva, porque os princípios nunca são razões definitivas em virtude da natureza de *prima facie* que comportam.⁴¹

Assim sendo, a diferença fundamental entre regras e princípios, para Alexy⁴², assim como para Esser, está mais na noção de qualidade que na de grau, ficando claro que tanto princípios como regras são normas traduzidas deonticamente através de permissões, mandamentos ou proibições⁴³.

Guerra Filho, por sua vez, entende que a principal característica dos princípios, que os distingue das regras, reside em sua maior abstração ou grau de concreção, uma vez que os princípios não fazem enunciados que se encaixem a situações fáticas, o que pertence à esfera das regras. Desta forma, o edifício normativo vai do maior nível de concreção, aonde se situam as regras, até o menor, que é o ápice do sistema normativo, onde estão os princípios. Percebe-se, então, que a abstração é uma característica que se encontra em maior grau nos princípios que nas regras, já que os princípios não determinam nenhuma forma de conduta, ainda que hipoteticamente, como é o caso das regras. Desta forma, na pirâmide normativa têm-se regras menos abstratas, na base, e regras cada vez mais abstratas na medida em que a hierarquia aumenta, até chegar-se aos princípios cujo grau de abstração também é progressivo até o ápice da pirâmide⁴⁴, sem que isto signifique que os princípios que estão no mais alto grau hierárquico sejam

⁴¹ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 101-103.

⁴² Cf. ALEXY, R. op. cit. p. 87. ESSER, J. op. cit. p.

⁴³ Cf. ALEXY, op. cit. p. 53.

⁴⁴ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública**, In: Revista de Processo nº 82, ano 21 abril-junho/1996, p 72. *O grau de abstração vai então crescendo até o ponto que não se tem mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração.*

superiores aos demais, mas tão somente que sua abstração é mais fluída. Vê-se, pois, que a abstração não é uma característica exclusiva dos princípios, mas também inerente às regras, uma vez que os enunciados prescritivos são gerais e muitas vezes requerem a hermenêutica no caso concreto.

Uma característica essencial dos princípios é a sua normatividade, e Boulanger, considerado o precursor no reconhecimento da normatividade dos princípios, entende que os princípios são apenas declarados ou descobertos pela jurisprudência que não os cria, pois que estes são o espírito de uma legislação e, uma vez declarados, são a base das construções jurídicas doutrinárias. Isto significa que os princípios não são nunca extraídos das regras. Eles já existiam, estavam implícitos, as regras apenas os põem a descoberto no ordenamento⁴⁵.

Acerca dessa normatividade dos princípios, Crisafulli ensina que o princípio configura-se a norma jurídica determinante de outras normas. Elas lhe especificam o conteúdo que o próprio princípio lhes confere. Estas outras normas, verdadeiras regras, são mais particulares, especificam melhor o objeto, mas permanecem subordinadas ao princípio que as orienta. Insiste ainda o autor sobre o fato de os princípios constituírem normas tanto escritas quanto não escritas, das quais as normas escritas e não escritas derivam.⁴⁶ Ao detalhar acerca da normatividade dos princípios, Crisafulli contrapõe-se à tese de que princípio seja

⁴⁵ Cf. BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit et droit positif*. In: **Le droit privé français au milieu du Xxe. Siècle, études offertes à Georges Ripert**, t. I, Paris, 1950, p.66-67.

⁴⁶ Cf. CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giappichelli, 1952, p.16.

diretriz, pois se assim fosse caberia ao juiz estabelecer a norma para o caso concreto, enquanto cabe-lhe apenas aplicar ou interpretar a norma.⁴⁷

Na mesma linha de pensamento, reza a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que o juiz, na ausência ou lacuna da lei, não irá legislar, mas tão somente utilizar-se dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes. Isso se dá em virtude do princípio do Estado de Direito que permeia o nosso ordenamento jurídico.

No que tange a analogia e os princípios gerais de direito, Trabucchi⁴⁸ alude que conquanto os princípios gerais não estejam explícitos no ordenamento, constitui-se no pressuposto racional do direito positivo. Por isso, na lacuna da lei eles adquirem a dimensão fundamentadora que dá a razão de ser às demais regras, a dimensão interpretativa que vai dar o limite e o alcance de determinada regra, e a dimensão supletiva na ausência de regra específica ou lacuna porventura observada no ordenamento jurídico.

Crisafulli remete, por outro lado, a uma dupla eficácia dos princípios, uma mediata e outra imediata. A eficácia imediata infere-se do próprio princípio insculpido na Constituição e do fato de ser ele plenamente capaz de surtir efeitos na esfera subjetiva. A eficácia mediata seria a dos princípios programáticos que, conquanto possam prescindir de uma regra que lhe especifique o objeto, já possuem uma eficácia, ao menos no sentido de ordenar uma delimitação de seu objeto pelos órgãos concretizadores da Constituição ou de inibir a ação contrária no sentido de negar seu valor.

⁴⁷ Cf. CRISAFULLI, V. op. cit. p. 16.

⁴⁸ Cf. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1981, p. 46-48.

No âmbito da função dos princípios, Farias⁴⁹ alude a uma dupla função dos princípios decorrente da sua *fecundidade*⁵⁰, que é a função interpretativa e a função integrativa dos mesmos. É a partir dessas funções que os princípios atingem o grau constitucional, passando por fases programática e não programática.

Princípio, então, é uma norma que possui conteúdo valorativo, que reveste todo o ordenamento e o remete a fins como justiça, equidade.

1.1.3. Conflito entre regras e colisão de princípios.

Quando a doutrina⁵¹ fala de conflito de regras e colisão de princípios, estabelece primeiramente uma distinção entre os termos “conflito” e “colisão”. Do termo conflito infere-se luta, onde, no tocante às regras, uma venceria a disputa e a outra, perdedora no embate, deveria ser banida do ordenamento jurídico. Isto porque do conflito entre regras surge uma relação antinômica ou de exclusão, que só se resolve afastando uma das regras conflitantes do ordenamento jurídico. O termo conflito, então, subsume-se perfeitamente à regra do *tudo ou nada* de Dworkin. Por outro lado, o termo colisão sugere um enfrentamento entre os princípios no sentido de se verificar a maior prevalência de um deles sobre o outro ou os demais sem, contudo, proceder à exclusão do ordenamento daquele que ora tenha sido relativizado. Percebe-se

⁴⁹ Cf. FARIAS, Domenico *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano, 1981, p. 163.

⁵⁰ Cf. FARIAS. Op. cit. p. 163. insiste sobre a característica de fecundidade dos princípios porque são eles a alma e o fundamento das demais regras.

⁵¹ A doutrina estudada aqui é dos autores estrangeiros Dworkin e Alexy. Na doutrina brasileira consideramos Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau.

que o conflito de princípios seria inconcebível, uma vez que resultaria no afastamento definitivo do princípio que sucumbisse à disputa. Tal não ocorre no trato com os princípios, pois colidem entre si, e são apenas relativizados face ao outro, não surgindo um verdadeiro conflito, uma vez que o princípio prevalente em uma determinada situação, pode ser diminuído em uma situação diversa ou em face de outro. Canotilho e Vital Moreira⁵² ainda referem que há uma tendência em empregar-se o termo conflito quando se trata de princípios e deixar o termo colisão para direitos e bens jurídicos.

Dworkin, ao partir de uma visão individualista⁵³, entende que as regras funcionam no sistema do tudo ou nada, pois a noção de peso ou valor é própria dos princípios. Portanto os princípios funcionam sob forma de hierarquia, peso, valor, e um deles irá prevalecer sobre os demais. Mas com as regras não se pode estabelecer hierarquia, porque todas têm igual importância. Uma vez que não trabalham com a noção de valor, todas têm o mesmo significado no sistema normativo, razão pela qual excluem-se em caso de conflito. Desta forma, do conflito entre regras, uma ou mais regras serão afastadas do sistema, perdendo sua validade, o que não ocorre com a colisão entre princípios que, como não ditam resultados, sobrevivem intactos à colisão. Isto se dá porque somente as regras determinam que se alcance um determinado resultado, que caso não seja viável fará com que essa regra seja alterada ou abandonada. Por conseguinte, os princípios que não ditam resultado algum a ser atingido de pronto, fazem com que

⁵² Cf. CANOTILHO, José.Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 136.

⁵³ Princípios para Dworkin são somente as normas que constituem razões para os direitos individuais, estas normas ele denomina *policies*. Vide DWORKIN, R. op. cit., p. 82-90.

não sejam conclusivos. Caso não sejam fielmente obedecidos poderão permanecer no ordenamento sem perder sua importância.⁵⁴

Verifica-se, então, que os princípios são sempre válidos. O que definirá qual deles será utilizado em determinado caso será sua importância, seu valor intrínseco, sem que invalide outro princípio preterido naquela situação. Urge ressaltar uma vez mais que, em situação diversa, o princípio preterido pode vir a ser o de maior peso.

Robert Alexy trata a questão determinando que a regra tem validade. Portanto, se uma regra vale, ela exclui outra. Assim sendo, sugere que a antinomia entre regras se resolve e só pode existir se houver uma cláusula de exceção que afaste o conflito.⁵⁵ Isto porque, da regra válida,⁵⁶ infere-se a validade da sua consequência jurídica. Significa dizer que duas regras em que as conseqüentes jurídicas sejam contraditórias não podem coexistir sem que seja introduzida uma cláusula de exceção que afaste essa contradição e faça com que apenas uma delas seja válida naquele caso concreto. Sem esta cláusula de exceção, uma das regras deve ser obrigatoriamente afastada do ordenamento jurídico, ou seja, declarada inválida. Tal não ocorre na esfera de princípios, onde há colisão, e um princípio não exclui outro, mas prepondera; eles têm “pesos”

⁵⁴ Cf. DWORKIN, R. op. cit., p. 89 *Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado um resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión em um sentido, aunque no em forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan.*

⁵⁵ Cf. ALEXY, R. op. cit. p.88. *Um conflicto entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo em uma de lãs reglas uma cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas (...) El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como lex posterior derogat legi priori y lex specialis derogat legi generali, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto.*

⁵⁶ Entenda-se como regra válida a regra produzida pelos procedimentos e órgãos legitimados para a atividade legiferante através de uma Constituição.

diferentes, ou seja, valores diferentes, já que a colisão entre princípios impõe a dimensão de valor. O princípio, então, além de ter validade para estar no ordenamento, contém o valor para a ponderação entre eles.

A cláusula de exceção que resolve o conflito entre regras contraditórias não pode existir no trato com os princípios. Neste caso, o que existe é o estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*⁵⁷, que é determinada face às condições verificadas no caso concreto, que autoriza a prevalência de um princípio sobre outro. A relação de precedência condicionada, preconizada por Alexy, traduz a rede principiológica que se estabelece na derivação de um ou mais princípios, formando uma verdadeira teia deles. Da mesma forma, como os princípios são mandamentos de otimização, não existem relações de precedência absolutas, porque estas relações se referem a situações não quantificáveis, mas qualificáveis caso a caso. Conseqüentemente a relação de precedência menciona *condições*: se na relação estiver em jogo uma lesão a direito fundamental, este deverá ser sempre prevalente, o que significa que, quando da relação de precedência condicionada puder surgir a lesão a direito fundamental, sob a ótica jusfundamental⁵⁸, ela está proibida desde logo. Apesar do exposto, Alexy considera como sendo as três objeções⁵⁹ ao conceito de princípio:

⁵⁷ ALEXY, R. op. cit. p. 92. *La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.*

⁵⁸ Cf. ALEXY, R. op. cit. p. 93. *Llama la atención que en ella no se hable de la precedencia de un principio, interés, pretensión, derecho o de algún otro objeto similar; más bien se mencionan condiciones, bajo las cuales se produce una lesión de un derecho fundamental. Pero que una acción lesiona un derecho fundamental, significa que está prohibida desde el punto de vista iusfundamental.*

⁵⁹ Para saber mais sobre as três objeções formuladas por Robert Alexy, vide a obra citada na p. 104.

1) A solução do conflito de princípios com a declaração de invalidade de um deles, ao que contrapõe que a concepção de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes⁶⁰; 2) a possibilidade de existirem princípios absolutos que valeriam sempre e princípios muito fracos, que em contraposição com os demais seriam sempre preteridos (objeção que refuta com o argumento de que no caso dos direitos fundamentais em colisão não se pode pretender que um direito fundamental seja superior a outro, mas a sua precedência há que ser verificada no caso em questão, caso em que a ponderação verifica-se mais de perto); 3) o fato de os princípios serem demasiado amplos por poderem tratar de direitos ou bens individuais como coletivos, e esclarece que esta espécie de colisão constitui-se numa colisão entre objetos de categorias diferentes⁶¹. Como se percebe, o conflito entre regras resume-se em determinar se a regra está dentro ou fora do sistema. Já a colisão de princípios ocorre dentro do próprio sistema, o que Alexy chama de *teorema da colisão*, uma vez que eles coexistem.

1.1.4. A estrutura proposta por Canotilho.

Inspirado no modelo germânico, Canotilho propõe a divisão entre princípios constitucionais especiais, princípios constitucionais gerais e princípios estruturantes. Os princípios estruturantes *são aqueles que traduzem as opções políticas fundamentais, sobre os quais repousa toda a ordem constitucional e,*

⁶⁰ Cf. ALEXY, R. Op. Cit. , p. 105.

⁶¹ Cf. ALEXY, R. Op. Cit., p. 110.

*logo, toda a ordem jurídica.*⁶² No caso brasileiro estabelecem o princípio do Estado de Direito, os princípios republicano, democrático e federativo.

Na tipologia dos princípios têm-se, então, princípios jurídicos fundamentais, princípios politicamente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Na tipologia das regras, as normas constitucionais organizatórias e normas constitucionais materiais, regras jurídico-organizatórias e regras jurídico-materiais.

Ainda segundo Canotilho, *a constituição é formada por normas e princípios em diferentes graus de concretização*⁶³. A partir desta afirmação, define que regras e princípios são espécies do superconceito norma e para distingui-los, sugere alguns critérios⁶⁴, dentre os quais, o *grau de abstração*, segundo o qual os princípios têm um grau de abstração muito superior ao das regras, que apesar de também o possuírem, mas em pequeno grau; o segundo critério é o *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto*, pelo qual os princípios em razão da sua vagueza exigem uma mediação do legislador ou do juiz no fato concreto, o que no caso das regras não seria necessário, pois elas se aplicam imediatamente; como terceiro critério, Canotilho sugere o *caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito*, com o que ele afirma que os princípios situam-se hierarquicamente em uma posição superior do ordenamento jurídico e constituem, ao mesmo o tempo, o alicerce de todo o edifício normativo. Assim, são os princípios que conferem a estrutura ao sistema jurídico. O quarto critério radica na *proximidade da idéia de direito*, critério este que constrói a

⁶² GUERRA FILHO, W., op. cit., p. 73.

⁶³ CANOTILHO, J. op. cit., p. 129.

⁶⁴ Cf. CANOTILHO, J. op. cit. p. 166.

partir da idéia de justiça de Larenz e dos *standards* ou exigências de justiça de Dworkin, segundo o qual os princípios são sempre normas que radicam no conceito de justiça e as regras podem conter um conteúdo meramente formal e funcional dos princípios; o quinto e último critério proposto figura a *natureza normogenética* dos princípios, quando os princípios conferem a *ratio* das regras, lhes dão alcance e significado.

Como esclarece Canotilho, a distinção entre regras e princípios traduz-se em uma complexidade considerável, e no seu entender elas derivam de duas proposições fundamentais: a primeira, saber qual a função dos princípios, se retórica ou argumentativa ou ainda se constituem normas de conduta. A segunda perquire se regras e princípios são espécies do mesmo gênero, ou seja, se têm algo em comum ou se sua distinção existe apenas quanto à *generalidade*, o *conteúdo informativo*, a *hierarquia das fontes*, a *explicitação do conteúdo* e o *conteúdo valorativo*, ou se, ao contrário, possuem uma distinção qualitativa.

Para a primeira proposição, ele esclarece liminarmente que os princípios são multifuncionais e podem desempenhar uma função argumentativa, quando permite denotar a *ratio legis* de um dispositivo normativo ou mesmo *revelar normas que são expressas por qualquer enunciado legislativo*, na qual a atuação do juiz será fundamental na complementação do direito.

No entanto, Canotilho parece distinguir os princípios das regras tomando como ponto de partida a sua configuração enquanto norma e a partir de diferenças qualitativas, que traduz em quatro aspectos. Pelo primeiro aspecto, os princípios são *normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com*

vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que determinam, impõem, permitem ou proíbem, são imperativas de uma conduta, que pode ou não ser seguida, mas na razão do tudo ou nada segundo a distinção de Dworkin⁶⁵. A convivência entre princípios radica na sua conflituosidade, já a das regras na antinomia, isto porque os princípios podem coexistir, e de fato coexistem, já da relação entre regras antinômicas percebe-se a exclusão de uma delas do ordenamento.

Ao seguir o primeiro raciocínio, deduz-se que das exigências de otimização dos princípios, extrai-se o *balanceamento de valores e interesses* segundo seu peso e a ponderação de seu valor perante outros princípios que estejam na relação de conflito. Por outro lado, as regras não permitem esta alternativa, uma vez que da validade de uma regra extrai-se o mandamento de sua completa aplicabilidade, o que afasta completamente uma outra regra que esteja em direção contrária. Percebe-se então, o caráter de *prima facie, de standards* dos princípios que reportam à sua realização, mas no entanto podem ser harmonizados. Diferentemente as regras contêm *fixações normativas*, o que afasta a validade simultânea de regras discordantes. Assim, parece que fica evidenciado o fato de que os princípios trazem à tona problemas pertinentes à validade e ao peso principalmente, enquanto as regras apenas as questões de validade.

⁶⁵ Segundo Dworkin, applicable in all-or-nothing fashion.

Existem ainda princípios que se caracterizam como verdadeiras garantias. Por isso autores como Larenz⁶⁶ chamam-nos de *princípios em forma de norma jurídica*, aos quais o legislador estaria vinculado.

1.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como sistema aberto de regras e princípios.

Para chegar-se a um conceito da Constituição enquanto sistema aberto de normas⁶⁷, é necessário passar primeiramente pela conceituação de sistema, neste caso em particular, a de sistema jurídico constitucional⁶⁸. Eros Roberto Grau⁶⁹ remete à afirmação de que todo sistema comporta ordenação e unidade, sem os quais não pode configurar-se sistema, mas uma outra coisa qualquer.

Larenz por seu turno afirma que o ordenamento jurídico no todo ou em parte *está subordinado a determinadas idéias jurídicas diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração*⁷⁰, que têm lugar, justamente, na Constituição. Com este lugar privilegiado têm a função de justificar e unificar, subordinando as decisões de valor à idéia de Direito. Refere, também, à mudança de paradigma na conceituação de sistema que anteriormente era do tipo abstrato, subsuntivo, e agora ao lado dessa espécie, outras formas de pensamento que incluem a idéia

⁶⁶ LARENZ, K. op. cit, p. 188.

⁶⁷ Observe-se que a questão de os princípios constituírem verdadeiras normas já está patente e comumente aceita, com algumas poucas exceções. Dentre elas, CANARIS, C. op. cit., p. 96.

⁶⁸ Ressaltamos que a intenção aqui é introduzir a noção de sistema para tratar da questão proposta, qual seja, a Constituição como sistema aberto de regras e princípios, e não de explicitar completamente o tema. Para tanto consultar a obra de Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito..**

⁶⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.

⁷⁰ Cf. LARENZ, op. cit. p. 621.

diretiva, a concretização dos princípios e a determinação do conceito pela sua função⁷¹.

Hart adverte que sistema jurídico é a união complexa de regras primárias (de obrigação) e secundárias (de reconhecimento, alteração e julgamento)⁷². Da mesma forma, reporta que existem duas condições *mínimas necessárias e suficientes* para que o sistema jurídico possa existir e ser aceito como válido. A primeira, que as regras de obediência sejam válidas e obedecidas; a segunda, que as regras de reconhecimento que determinarão a validade jurídica de uma regra de obediência e sua forma de alteração e julgamento sejam aceitas como padrões públicos. A primeira condição está intimamente ligada ao cidadão, enquanto a segunda vincula e limita a atuação das pessoas públicas, ou funcionários do sistema⁷³.

Hart afirma ainda que o sistema jurídico comporta uma textura aberta, pois a comunicação dos padrões de comportamento revela-se indeterminada, necessitando uma interpretação para a sua aplicação, pois, segundo ele, os legisladores humanos não têm conhecimento completo acerca das inúmeras combinações possíveis de uma determinada circunstância e toda ordem

⁷¹ Cf. LARENZ, op. cit p. 623-625.

⁷² Não é nosso objetivo neste trabalho explicar as regras primárias e secundárias. Para tanto, vide no original: HART, H. op. cit , p. 107. *Se voltarmos atrás e considerarmos a estrutura que resultou da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, é evidente que temos aqui não só o coração de um sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para a análise de muito daquilo que tem intrigado, quer o jurista, quer o teórico político.*

⁷³ Cf. HART, H. op. cit p. 128. *A afirmação de que um sistema jurídico existe é, portanto, uma afirmação bifronte (No original inglês, a Janus-faced statement, alusão ao deus romano Janus ou Jano, divindade representada com duas faces), que visa tanto a obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias como padrões críticos comuns de comportamento oficial.*

de implicações futuras⁷⁴. Apesar disso, concorda que os sistemas jurídicos necessitam de dois componentes básicos: a segurança e a abertura para a adequação futura, que será efetuada pelos tribunais e funcionários, ou aplicadores⁷⁵.

Essa abertura faz com que o sistema jurídico constitucional seja um grande esqueleto ou moldura que pode e deve ser preenchido pela atuação dos legisladores ordinários e juristas, já que a idéia de sistema jurídico justifica-se a partir dos Valores Supremos do Direito, que no entendimento de Canaris traduz-se como *o princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização*⁷⁶. O conceito de sistema que Canaris prestigia, como se vê, é o conceito axio-teleológico⁷⁷, haja vista os valores supremos que adota. Este conceito implica na aceitação de duas características fundamentais do sistema, a ordenação e a unidade. Ou ao menos a tentativa de decifrá-los através dos meios racionais.⁷⁸

Assim, ultrapassada a fase positivista pela qual passou a hermenêutica e o próprio conceito de sistema, atribui-se a este último uma adequação valorativa e a unidade interna de sentido do Direito que, como se disse

⁷⁴ Cf. HART, H. op. cit. p. 141. *Simplesmente este mundo não é o nosso; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade.*

⁷⁵ Cf. HART, H. op. cit., p. 148. *A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.*

⁷⁶ CANARIS, C. op. cit, p. 22.

⁷⁷ Para um aprofundamento dos diversos conceitos de sistema e sua evolução ver o prefácio de MENEZES CORDEIRO, Antônio para a obra de CANARIS.

⁷⁸ Cf. CANARIS, C. op. cit. p. 69. *Pois um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais*

anteriormente, deriva de uma idéia de justiça de natureza axiomática. Esta unidade valorativa *é sempre de tipo material e só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada*⁷⁹, pois o Direito não pode afastar-se da realidade.

Definidos os aspectos do sistema jurídico constitucional como ordem axio-teleológica, urge verificar de que valores ele é composto. Neste sentido, Canaris reporta-se à busca dos valores fundamentais, até os princípios gerais de uma dada ordem jurídica.

Por outro lado, um sistema pode ser fechado ou aberto. O sistema fechado corresponderia ao direito totalmente codificado, em que não se admitiria a existência de lacunas. Este tipo de Direito completamente pronto e acabado afasta-se da realidade material que não pode ser negada. Já a abertura do sistema significa a sua incompletude, assim como sua capacidade de evolução e mobilidade, pois ele se encontra em permanente mudança⁸⁰, versão aceita para o sistema constitucional, que deve ser preferencialmente⁸¹ composto de alguns poucos princípios e regras dotados de importância máxima na hierarquia jurídica.

É possível pensar-se que o ambiente natural dos valores supremos do direito e dos princípios é o âmbito constitucional, seja por expressar os valores fundamentais de todo o ordenamento, seja devido à sua maior abstração e generalidade e, portanto, menor densidade de concreção.

⁷⁹ CANARIS, C. op. cit. p. 27.

⁸⁰ Cf. CANARIS, C. op. cit. p. 69, p.88.

⁸¹ Preferencialmente mas não obrigatoriamente, haja vista a extensão da própria Constituição brasileira.

A Constituição constitui-se, pois, num sistema aberto de regras e princípios, já que, conforme alude Canotilho⁸², trata-se de um sistema jurídico por ser um sistema dinâmico de normas; é um sistema aberto porque sua estrutura é dialógica, ou seja, a Constituição “dialoga”, interage com a realidade. Suas novas concepções de justiça e de verdade são apreendidas por ela; é um sistema normativo, pois os valores, funções e programas são realizados através de normas; e ainda um sistema de regras e princípios porque as normas constitucionais podem ser das duas formas.

Deduz-se do exposto que a Constituição não poderia ser um sistema exclusivo de regras, pois isso exigiria um legalismo absoluto da vida. Este excesso de legalismo, de segurança jurídica, de cunho extremamente positivista, não deixaria espaço para a criação e desenvolvimento do sistema constitucional que prescinde da abertura para poder comunicar-se e dar respostas a uma sociedade pluralista, em que os valores como os interesses por ela almejados são divergentes.

O sistema constitucional, portanto, dificilmente poderia compor-se exclusivamente de princípios, uma vez que, se o sistema ficar à mercê do mundo fático para realizar o jurídico, não haverá margem de segurança no sistema. Além disso, os princípios têm uma função normogenética, da qual derivam outros princípios e regras e outra sistêmica que são o elo que faz com que as normas jurídicas funcionem como um sistema harmônico.

⁸² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1085.

Entende-se que a Constituição aqui estudada, enquanto sistema aberto, está apta à evolução. É a razão pela qual Canotilho⁸³ estima não existir a chamada reserva de constituição. Ela se traduz na idéia de um núcleo “duro”, ou das chamadas “cláusulas pétreas” do ordenamento brasileiro (matérias não passíveis de alteração). O que se observa é que de fato esses núcleos existem, mas são correspondentes à época em que se vive, com seus valores e aspirações. Atualmente, a idéia de reserva de constituição é entendida a partir da teoria da justiça que radica na idéia de dimensões constitucionais essenciais⁸⁴, qual seja, os princípios fundamentais que determinam a estrutura do governo, a forma do processo político e os direitos de liberdade e igualdade.

Ensina Canotilho que a abertura das normas constitucionais e a da Constituição estão em níveis diferentes. A primeira, a abertura das normas constitucionais, corresponde à abertura horizontal, que se reporta a incompletude do sistema. Já a abertura da Constituição condiz com a abertura vertical que diz respeito ao caráter geral e indeterminado de muitas das normas constitucionais, fazendo com que a Constituição careça da atividade legislativa complementar, seja em nível legislativo propriamente dito, seja em nível jurisprudencial, para conferir o grau de concretude necessário. Nas palavras do mestre, *a abertura de uma norma constitucional significa sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma delegação relativa nos órgãos concretizadores*. Esta delegação relativa nos órgãos concretizadores nada mais é que a obrigatoriedade de o

⁸³ Cf. CANOTILHO, J. op. cit. p.1067.

⁸⁴ Cf. RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Sérgio René Madero Bacz. México, 1996, p. 147.

legislador ordinário⁸⁵ regular matéria ditada na Constituição, bem como de os órgãos judiciais e administrativos realizarem a vontade, o sentido da Constituição.

Nesta vertente, a abertura, assim como a densidade das normas constitucionais, é de uma grandeza variável, pois a norma constitucional não funciona da forma tradicional subsuntiva das demais normas, haja vista ser a Constituição um corpo normativo formado por regras e princípios e, como tal, constar de diferentes graus de concreção das diversas normas constitucionais. Assim como é a densidade da norma constitucional que conferirá uma maior ou menor discricionariedade ao órgão concretizador, a norma constitucional será mais ou menos aberta de acordo com a densidade de delegação. Além disso, há normas constitucionais que são verdadeiros limites negativos ou impositivos aos órgãos concretizadores, a saber, o legislador infraconstitucional, o Poder Público e os tribunais.

Verifica-se, então, que por ser um sistema aberto, a Constituição não se coaduna com o *law in the books*, ou seja, o direito escrito nos livros⁸⁶, meramente formal, mas com o *law in action*, ou o direito em ação, o direito vivo⁸⁷, inferindo que a Constituição constitui um marco na vida da sociedade enquanto influência e produto da mesma. Quer dizer então que se o direito constitucional é um *direito vivo*⁸⁸, existe um direito constitucional não escrito que

⁸⁵ Como legislador ordinário entenda-se não somente o legislador proveniente do Poder Legislativo, como também o do Poder Executivo na atividade legiferante legitimada através da Constituição. Em tempo, por legislador ordinário entenda-se também o legislador complementar.

⁸⁶ *law in the books*. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1065.

⁸⁷ *law in action*. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1065. *Law in public action*, como processo público; LARENZ, op. cit., p. 513. *A meta de toda a interpretação seria o entendimento da Constituição aberto (ao futuro) e nele uma equiparação de interesses justa, "racional"*.

⁸⁸ Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1065.

vivifica o direito constitucional escrito, conferindo-lhe sentido, o que vai desembocar no conceito de constituição material, de vontade de constituição⁸⁹.

Outrossim, a postura principialista da Constituição faz com que ela esteja voltada a valores e sua consecução. Essa postura principialista não apenas fornece suporte para solucionar problemas difíceis⁹⁰, como permite ao sistema de respirar, através da *textura aberta* dos princípios; legitimar, porque os princípios exprimem valores; enraizar, na referência sociológica desses valores a programas, funções e pessoas; e caminhar através dos procedimentos que possibilitem a concretização da Constituição.

Afirmar que uma Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, implica em aceitar uma certa tensão, entre eles, que deve ser resolvida nos órgãos concretizadores sem o sacrifício da unidade axiológico-normativa da Constituição nem dos valores pactuados. Neste sentido os princípios são a linha que coze o tecido constitucional conferindo unidade ao sistema, uma vez que são do mesmo gênero que as regras, ou seja, são normas, atribuindo assim coerência ao ordenamento.

1.2.1. A postura axiológica da Constituição.

Os princípios jurídicos são normas que exprimem os valores partilhados por uma sociedade. Assim, a constitucionalização dos princípios confere-lhes o mais alto grau na hierarquia normativa do Estado. Portanto, a

⁸⁹ Sobretudo ver HESSE, Konrad, *A Força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁹⁰ Os chamados *hard cases*, como os denominou Dworkin, na esfera de colisão de direitos fundamentais.

Constituição deve ser *considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico*.⁹¹ O ordenamento jurídico é, então, uma unidade em que a *Constituição é a cabeça e a chave*⁹², a sede dos valores básicos pactuados por uma dada sociedade. A Constituição compõe, ainda, uma unidade de sentido, em que o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação) dentro da lei constitucional.⁹³

Conforme adverte Bonavides⁹⁴, os princípios na esfera da tradição juscivilista estavam hierarquicamente numa posição secundária. A partir da sua positivação na esfera jusconstitucional invertem-se os papéis e eles encabeçam o sistema normativo, caracterizando-se agora por um acentuado cunho axiológico.

A Constituição não se refere apenas ao Estado, mas também à sociedade, como lei fundamental.⁹⁵ Segue que na Constituição estão albergados os valores últimos de uma sociedade, donde sua carga valorativa, pois um juízo de valor e a ordem jurídica que nele se inspira decorrem das tendências sócio-culturais da comunidade⁹⁶. A Constituição atualmente comporta um pensamento orientado a valores, e isso vincula a atuação do legislador ordinário e também dos

⁹¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 35.

⁹² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constituicion como norma y el tribunal constitucional*. 2.ed. Madrid: Civitas, 1982, p.19.

⁹³ Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 118.

⁹⁴ Cf. BONAVIDES, P. op. cit., p. 263.

⁹⁵ Neste sentido, ver Jorge Miranda *A Constituição de 1976*, p.16 e Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 36.

⁹⁶ Cf. SILVA, J. op. cit., p. 157.

órgãos concretizadores, como os juízes e tribunais para a concretização desses valores. Há que verificar que quando a lei reporta a uma pauta de valoração que não possui, na verdade, esse preenchimento de conteúdo, a exemplo das pautas como boa-fé, prudente arbítrio, meio mais adequado e outras, estas deverão ser concretizadas pelos membros da comunidade jurídica⁹⁷.

1.2.2. Normas programáticas e a eficácia da Constituição.

A Constituição abarca uma série de normas, como se vê, regras e princípios, todas revestidas de eficácia e valor jurídico mesmo que de diferente grau. Desta forma, existem normas que, para otimizarem sua eficácia prescindem de uma normação complementar⁹⁸. As normas programáticas são desta espécie. Eficácia, segundo José Afonso da Silva, *é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador.*⁹⁹

As normas constitucionais, no âmbito da eficácia, por serem superiores hierarquicamente às demais, classificam-se segundo proposta de José Afonso da Silva¹⁰⁰ em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Dentre as

⁹⁷ Cf. LARENZ, op. cit., p. 310-311.

⁹⁸ Normação complementar refere-se, aqui, à norma que complementa, tanto a ordinária quanto a complementar no sentido técnico do termo.

⁹⁹ Cf. SILVA, J. op. cit., p.66.

¹⁰⁰ A questão da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais não é o objeto principal desta dissertação, portanto será abordada tão somente uma referência quanto à programaticidade das normas constitucionais e da eficácia da Constituição, para maior aprofundamento da matéria ver: SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

últimas situam-se as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizatórios e as declaratórias de princípio programático¹⁰¹.

No que tange a norma programática propriamente dita, já não se aceita a antiga doutrina de que ela seja despida de normatividade, valendo, desta forma, como simples programa futuro, promessa ou mesmo declaração carecedora da coatividade que lhe garanta a eficácia. Hodiernamente se reconhece a normatividade da norma programática como norma-fim, norma-tarefa, que dirige materialmente a concreção constitucional¹⁰² já que a norma constitucional, programática ou não, é uma norma como qualquer outra, porém de hierarquia superior. Isto significa que sua positividade decorre da obrigatoriedade do legislador, do Poder Público e seus órgãos de conferir-lhe a concretude por ela exigida, porque não existem simples declarações na Constituição. Todas as normas ali contidas são iguais em dignidade. Verifica-se, então, que a questão radica não na idéia de normatividade da norma constitucional, haja vista que esta sempre tem valor normativo, mas na questão de sua aplicabilidade.

Crisafulli¹⁰³, entretanto, ao analisar a questão da norma programática enquanto promessa, mera declaração de fins, entendeu que as normas programáticas no corpo constitucional retiram a aplicabilidade imediata e a eficácia da Constituição, causando gravame ao cidadão. Sem olvidar que as normas programáticas são, via de regra, as normas constitucionais referentes a direitos fundamentais sociais. José Afonso da Silva, por esta razão, diz que estas

¹⁰¹ Para um aprofundamento acerca das normas constitucionais vide SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**.

¹⁰² Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1102.

¹⁰³ Cf. CRISAFULLI, V. op. cit., p. 101. Entendido aqui o conceito antigo de norma programática como norma-programa, sem a força normativa hoje reconhecida.

compõem os elementos sócio-ideológicos das constituições contemporâneas. Mas neste sentido, apesar de as normas programáticas muitas vezes ficarem na dependência de lei que lhes confira a eficácia necessária à fruição de determinado direito, elas ainda possuem eficácia no sentido impeditivo, ou seja, caso seja criada uma lei que pretenda extinguir o direito conferido pela norma programática mesmo que ainda não determinado esta lei será inconstitucional¹⁰⁴. Deste modo, na pior das hipóteses a norma programática tem eficácia ab-rogativa e cria direito subjetivo negativo¹⁰⁵.

Portanto, a aplicabilidade direta significa que as normas referentes a direitos e garantias valem inclusive contra a lei, tornando-a inconstitucional no caso de contrariar esses valores albergados pela norma constitucional. É o que se verifica na Constituição Brasileira, fenômeno que é uma verdadeira *inconstitucionalidade superveniente*¹⁰⁶ que ocorre na derrogação de normas anteriormente válidas, em virtude de uma nova Constituição. Esta aplicabilidade também alcança a norma programática.

No tocante à aplicabilidade imediata das normas programáticas, sustenta Canotilho que elas não poderiam ser desprovidas de imediata aplicabilidade e efetividade, pois sua posição hierárquica constitucional faz com que funcionem à maneira de vincular a atuação da Administração Pública, do legislador e dos próprios tribunais, que no caso de um possível desatendimento

¹⁰⁴ Cf. MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, II, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 533, GRAU, Eros Roberto. **A Constituição brasileira e as normas programáticas**. Rev. Dir. Const. E C. Política, 4, p.45.

¹⁰⁵ SILVA, J. op. cit., p. 262.

¹⁰⁶ Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1104.

geraria o incidente de inconstitucionalidade do ato, lei ou decisão¹⁰⁷. Urge observar que deixar que um direito consagrado constitucionalmente dependa da edição de uma norma ordinária, *é no mínimo subverter a hierarquia das normas jurídicas*¹⁰⁸, e com isso retirar a força da Constituição. Entende-se que a eficácia da Constituição pertine com sua efetividade, sua realização. Neste sentido, Barroso¹⁰⁹ insiste em que a efetividade da norma representa a materialização dos preceitos legais, refletindo-se numa aproximação *entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*.

A estrutura programática tradicional, adverte Canotilho, acaba por esvaziar a força normativa da Constituição *perante a dinâmica social e política*¹¹⁰. Desta forma, verifica-se o fenômeno da Constituição meramente formal, garantidora de direitos ao cidadão em forma de promessa, mas que não se coaduna com o ideal de justiça proclamado pela Carta Constitucional e a sua materialidade.

Outrossim, Loewenstein¹¹¹ ao analisar a questão da efetividade constitucional elaborou a chamada classificação ontológica, dividindo em três categorias, a constituição nominal, a semântica e por fim a normativa. Na constituição nominal o processo político não está em harmonia com a realidade social e econômica, esta é remetida ao futuro. A constituição semântica estabelece uma relação de subordinação do poder político para os detentores do poder. Por

¹⁰⁷ Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1106. (...) *além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as "normas programáticas" vinculam também os tribunais(...) suscitando o incidente de inconstitucionalidade(...) dos atos normativos contrários às mesmas normas.*

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 127.

¹⁰⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.79.

¹¹⁰ CANOTILHO, J. op. cit., p. 81.

¹¹¹ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986, p. 217 e seg.

outro lado a constituição normativa domina o processo de poder político que deve se amoldar a ela, assim esta é a constituição válida e integrada na sociedade.

1.2.3. A força normativa da Constituição.

O conceito de Constituição funda-se em um conjunto normativo, ou seja, a Constituição é norma jurídica de aplicabilidade direta e imediata, vinculando imediatamente todas as esferas de Poder, seja Executivo, Legislativo ou Judiciário¹¹². Mas este conjunto normativo pode ser do tipo formal e estar dissociado da realidade. É o que Lassalle¹¹³ chamou de constituição *folha de papel*, porque esvaziada de conteúdo, uma vez que a constituição escrita, no seu entender, sucumbe às forças reais de poder, ou seja, a constituição jurídica não resiste à imposição da constituição real. Desta forma, para que a Constituição não seja essa folha de papel, Hesse¹¹⁴ afirma que ela deve poder realizar alguns pressupostos, e assim encontrar sua força normativa. Para Hesse a força normativa de uma Constituição funda-se na sua pretensão de eficácia, pois, embora a Constituição seja indissociável da realidade e das condições históricas da sua criação, ela não pode estar à mercê dos fatos, porque se assim fosse sua força normativa estaria esvaziada e condicionada pela realidade social e política. Antes de tudo, a Constituição é um ser e um dever-ser, mas de caráter dinâmico,

¹¹² Cf. GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 126. *a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como o Legislativo.*

¹¹³ Cf. LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição Política**. Trad. Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987.

¹¹⁴ Cf. HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

atuante, que possibilita seu desenvolvimento e sua constante atualidade. Todavia, para que ela possa desenvolver-se, faz-se mister uma vontade de Constituição por parte das pessoas por ela responsáveis. Assim, a constituição adquire sua força a partir da própria natureza das coisas. A Constituição que esteja em relação com o momento presente da sua elaboração, que incorpore o *estado espiritual*¹¹⁵, uma estrutura de adaptação ou reforma, e ainda parte da estrutura contrária que proclama, garante a realização de sua força normativa, pois sem isso nos momentos de crise ela efetivamente passaria a ser a folha de papel, já que a realidade dos fatos superaria qualquer pretensão de eficácia. Entretanto, a reforma ou revisão constitucional não podem ser freqüentes, pois gerariam um sentimento de insegurança e descrença na Constituição. É a estabilidade da Constituição, por conseguinte, que garante sua força normativa, bem como a interpretação da Constituição deve estar comprometida com sua conexão de sentido.

Afirmar a força normativa da Constituição significa, antes de tudo, que a Constituição constitui-se numa lei dotada de efetividade e aplicabilidade¹¹⁶, e como tal deve ser entendida. Mas apesar de ser uma lei como todas as demais, ela não funciona da mesma maneira. Isso se dá por causa da estrutura aberta das normas constitucionais que carecem da atividade mediadora dos intérpretes da Constituição, onde reside sua capacidade de desenvolvimento.

¹¹⁵ HESSE, K. op. cit., 1991, p. 20.

¹¹⁶ Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 1077.

Sem olvidar o caráter unificador de todo o sistema normativo constitucional enquanto *estatuto de justiça do político*¹¹⁷, a Constituição figura como norma e como ordem, norma de hierarquia superior e fundamento de todo o ordenamento jurídico e *ordem-quadro moral e racional do discurso político*¹¹⁸.

1.3. Princípios constitucionais e processo.

Esser¹¹⁹ afirma que os princípios não escritos são os mais fortes, ainda que no campo do direito positivo. Isto se verifica com maior evidência no Direito Constitucional. E mais, afirma que um princípio pode ser direito positivo sem que em si mesmo possua o conteúdo de um direito material¹²⁰. Este é o caso das disposições constitucionais sobre os direitos fundamentais, dentre elas os princípios de processo.

A relação entre processo e princípios constitucionais é de natureza bastante íntima. Não há como negar que o processo é o instrumento que o cidadão tem para buscar a proteção dos direitos individuais, inclusive contra o Estado, além de constituir a proteção da própria ordem jurídica. Esta relação dos princípios constitucionais que contém as garantias processuais decorre dos valores substanciais partilhados pela sociedade e inscritos na Constituição como valores superiores.

¹¹⁷ Conforme anota Canotilho na p 1078, *o quadro moral e racional do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional através de um conjunto de princípios e regras incorporadores de "valores básicos" do ordenamento jurídico.*

¹¹⁸ CANOTILHO, J. op. cit., p. 1080.

¹¹⁹ Cf. ESSER, J. op. cit, p. 90.

¹²⁰ Na versão espanhola: *un principio puede ser derecho positivo, sin que en si mismo posea el contenido de un precepto de derecho material.* Op. cit. p. 93.

1.3.1. O assento constitucional de princípios processuais.

No direito romano, o direito processual fazia parte do direito privado e foi recepcionado desta forma pelo direito europeu medievo no início do primeiro milênio, tendo seu estudo sistematizado junto à Escola jurídica de Bolonha¹²¹, e em especial pela doutrina pandectista alemã até o final do século XVIII e começo do XIX.¹²² Guerra Filho lembra que, neste momento histórico, o direito processual era considerado como meramente subsidiário à aplicação das normas materiais.¹²³

O Direito Processual, saindo do tecnicismo do século XIX, deixou de ser um fim em si mesmo, de obediência cega ao rito, à forma. Tornou-se mais ligado ao escopo de justiça social, no seu aspecto ético¹²⁴. Hoje o direito processual situa-se no âmbito do direito público, e como tal, encontra sua fundamentação e suas linhas mestras na Constituição e na defesa dos direitos fundamentais¹²⁵. É ainda Guerra Filho¹²⁶ que remete a uma *materialização do direito processual*, ao mesmo tempo em que ocorre uma *procedimentalização do direito constitucional*. Isto porque para a realização do escopo constitucional, urge a intermediação processual enquanto instrumento de consecução dos valores. Desta forma *o processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno*. Por conseguinte, é na

¹²¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico, lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 30.

¹²² Cf. NERY JR, N. op. cit. p. 27.

¹²³ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: EFC, 1989, p. 18.

¹²⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do processo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 21.

¹²⁵ Direitos fundamentais são, hoje, o conjunto de direitos naturais ou do homem formal e materialmente positivados em uma Constituição.

¹²⁶ DINAMARCO, C. op. cit., p. 20-21.

Constituição, ápice da pirâmide normativa, que repousam os principais institutos de direito processual¹²⁷.

Segundo ensinamento de Dinamarco¹²⁸, *a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico*. Tal assertiva significa que a tutela constitucional do processo busca dar um sentido diretivo ao direito processual, conformando-o aos valores básicos da sociedade, albergados constitucionalmente.

Desta forma, os direitos fundamentais se efetivam através do processo, instrumento técnico e público de realização do direito através da jurisdição. Conforme ensinamento de Tucci¹²⁹, o dualismo entre direitos e garantias significa que a outorga de direitos pressupõe instrumentos que os amparem, os quais são eminentemente processuais, instrumentos que o Estado, para cumprir sua finalidade, coloca ao alcance do cidadão. Dito de outra maneira, é o processo enquanto *instrumento técnico e público de realização do direito*. Neste sentido, o processo, sendo a garantia que tem o cidadão de que o direito será devidamente aplicado, busca também a justiça substancial.

A característica das leis de processo, por constituírem garantias dos direitos dos cidadãos, confere a legitimidade necessária a sua sede no âmbito constitucional, bem como lhes dá a força. Por conseguinte, o processo somente

¹²⁷ No mesmo sentido: TUCCI, Rogério Lauria, CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 01.

¹²⁸ DINAMARCO, C. op. cit., p. 48.

¹²⁹ TUCCI, Rogério Lauria, CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 07.

pode sobreviver enquanto garantia dos cidadãos em regimes não despóticos, pois o processo constitui-se em garantia de liberdade do cidadão face ao poder arbitrário¹³⁰.

Com a inserção de normas de direito processual no corpo constitucional brasileiro, parece que o desejo do Constituinte foi também o de conferir, a estas normas de garantia de direitos constitucionais, uma importância maior, posto que as normas constitucionais requerem procedimento específico para sua alteração ou mesmo supressão, ficando a salvo, ou ao menos mais seguras de eventuais jogos de interesses de poder que possam despojar o cidadão dos meios de proteção de seus direitos subjetivos. Ao mesmo tempo em que, constando do corpo constitucional como princípios, acabam por permear toda e qualquer norma do ordenamento infraconstitucional que trate do processo.

1.3.2. Direito processual e defesa de direitos fundamentais.

A questão processual encontra-se diretamente ligada aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, direitos e garantias insculpidos na Constituição para salvaguardar o direito dos cidadãos. Toda a questão dos direitos fundamentais passa pela problemática da sua efetividade, razão pela qual a constitucionalização dos direitos não se insere na categoria programa ou carta de

¹³⁰ Neste sentido: TUCCI, Rogério Lauria, CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 55. (...) *as ditaduras, os regimes despóticos e as épocas de decadência são hostis às formas lógicas do processo. a força e a majestade que elas dão ao direito conculcado são tais, que os déspotas não se atrevem a afrontá-las. Para não ouvirem a voz imperiosa do direito, estrangulam-na com o braço das fórmulas arbitrárias. Daí o dizer-se que os povos que não são regidos por leis civis e penais justas, são míseros, e os que não têm boas leis processuais são escravos* O grifo é nosso.

intenções. Revestidos de efetividade, no entanto, há que existir instrumentos aptos à sua proteção. O processo não deixa de ser uma garantia dos direitos individuais e coletivos. Assim sendo, o mínimo processual está determinado pela Constituição, já que as garantias processuais do cidadão, tendo sido elevadas à categoria de direito fundamental, fazem com que esses princípios processuais tenham seu local de positividade não somente nas normas infraconstitucionais de processo, mas também na *norma normarum*, a Constituição. Neste assunto não se pode prescindir da lição de Ruy Barbosa: *Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil.*¹³¹ Pois, declarar o direito sem conferir-lhe os meios de garantia é o mesmo que não se ter direito algum.

O Estado tem papel importante na realização da justiça, tanto entre particulares quanto em suas relações com o cidadão, e, para isso, utiliza-se do processo como instrumento adequado à prestação jurisdicional. Outrossim, o processo constitui-se num instrumento pelo qual o Estado cumpre sua função jurisdicional, mas também serve de limites contra a utilização arbitrária do poder, ou seja, o Estado submete sua atuação ao Direito, que vem a legitimá-la.¹³²

¹³¹ ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 12.

¹³² Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 12. *O processo, como instrumento disciplinado pela lei para permitir a manifestação do Poder Jurisdicional, chamado a resolver os conflitos, onde as autocomposições falharem, é instrumento pelo qual o Estado fala, mas é, também, instrumento pelo qual o Estado se submete ao próprio Direito que a nação instituiu. E esse Direito é o único poder capaz de limitar a atuação do Poder.*

Segundo remete Faustin Hélie, a lei de processo é o complemento necessário das liberdades públicas.¹³³ Em nada adiantaria proclamar direitos se não houvesse instrumento capaz de garanti-los. E complementa, *as formas processuais destinam-se, à guisa de faróis, a iluminar a ação judiciária*, bem como a assegurar a liberdade dos indivíduos, garantindo-lhes a defesa dos respectivos direitos; fortalecer os julgamentos e os julgadores, de quem se colocam como penhor de imparcialidade; e outorgar à Justiça, por instarem à prudência de seus agentes, a majestade por ela ostentada.¹³⁴

Atualmente, o processo deixou de ser apenas um instrumento de garantia de direitos individuais. Verifica-se, cada vez mais, a busca pela proteção processual de interesses coletivos ou de massa, porque a sociedade tornou-se mais complexa com a emergência de novos direitos, como os direitos ambiental e do consumidor, hoje albergados pela Constituição brasileira.

Nelson Nery Júnior refere que a doutrina do século passado dividiu os princípios do Direito Processual Civil em *princípios informativos e princípios fundamentais*. Os informativos são axiomas universais, estritamente técnicos e lógicos, princípios lógico, jurídico, político e econômico. Os fundamentais são

¹³³ No original: *La loi de procédure est le complément nécessaire des libertés publiques*. HÉLIE, Faustin. **Traité de l'institution criminelle**, ed. atual. por J.S.G. Nypels e Léopold Hanssens, Bruxelles: Braylant-Christophe, 1865, t.1, p. 3.)

¹³⁴ Idem. No original, p. 2-3: *les formes de la procédure sont destinées, comme des phares, à éclairer la marche de l'action judiciaire; leur but est d'arrêter les entraînements de la justice, d'attacher une sorte de solennité à chacun de ses pas, de préparer ses actes. Elles doivent être assez puissantes pour faire sortir la vérité du sein des faits, assez simple pour servir d'appuis sans devenir des entraves, assez flexibles pour se plier aux besoins de toutes les causes, assez fermes pour résister aux violences soit des juges, soit des parties. Lorsqu'elles réunissent ces caractères, elles assurent la liberté des citoyens, parce qu'elles garantissent leur défense; elles donnent aux jugements leur force, parce qu'elles sont le gage de leur impartialité; elles revêtent la justice de sa majesté, parce qu'elles témoignent du calme et de la sagesse de ses actes: elles sont, en un mot, la justice elle-même.*

aqueles que refletem uma opção político-ideológica. Contrapõem-se entre eles os fatos e valores albergados pelo sistema jurídico.¹³⁵ No capítulo que se segue serão tratados alguns destes princípios.

¹³⁵ Cf. NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. rev. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

2.1. O princípio do devido processo legal (due process of law).

O devido processo legal previsto no artigo 5º, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³⁶ (também chamado de princípio diretor do processo) constitui-se, no dizer de Nelson Nery Junior, no *gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies*.¹³⁷ Tem assento no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³⁸, formulada pela Organização das Nações Unidas – ONU, onde se depreende que toda pessoa, para defender seus direitos fundamentais inscritos em uma Constituição ou mesmo em lei, tem direito de solicitar a tutela jurisdicional, e tem direito a essa tutela jurisdicional independente das paixões do poder e de forma imparcial, aonde, em plena condição de igualdade, lhe seja garantido o direito de se defender publicamente para a prolação do seu direito¹³⁹. Desta forma, o

¹³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹³⁷ NERY JR, N. Op. cit., p. 30.

¹³⁸ MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito internacional público: Tratados e convenções**. 4.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1986, p.209-214.

¹³⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela ONU, *Artigo VIII: Todo homem tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei. E ainda, Artigo X: Todo homem tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.*

princípio do devido processo legal traduz a garantia constitucionalmente conferida visando a consecução da tutela dos direitos nela denominados fundamentais ¹⁴⁰.

A garantia do devido processo legal, para Ada Pellegrini Grinover¹⁴¹, não é apenas a garantia das partes de um processo regular, mas a autêntica garantia do processo e da própria jurisdição. Segundo a autora, a cláusula do devido processo legal comporta dois enfoques, um subjetivo, em que a parte tem o direito de ação e defesa em processo contra ela proposto, produzindo provas e agindo ativamente no processo, e um enfoque objetivo que diz respeito diretamente com a jurisdição, a regularidade do processo e da garantia da imparcialidade das decisões do juiz.¹⁴²

Poder-se-ia, então, dizer, que é uma garantia com um triplice aspecto, a proteção das partes litigantes, a proteção do processo enquanto instrumento propício a pleitear uma prestação jurisdicional e a proteção da jurisdição, enquanto órgão de emanção do poder estatal.

¹⁴⁰ Cf. TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 16.

¹⁴¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha – contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. Max Limonad, 1985, p.7.

¹⁴² Cf. GRINOVER, A. op. cit., p.7. *Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas, sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.*

2.1.1. Origem e conceito.

A origem da garantia do devido processo legal, ou na sua forma inglesa, o *due process of law*¹⁴³, remonta, segundo Charles Cole, do *princípio hebreu de que a justiça requer uma lei justa e compassiva*¹⁴⁴. Ao se ligar o princípio à questão da justiça e da igualdade, detecta-se uma forte influência das civilizações grega e romana, especialmente nos escritos de Platão e Aristóteles como expoentes gregos e Cícero como representante da cultura romana. Embora não se possa negar essa forma de extrair a origem do devido processo legal das civilizações da Antigüidade, a opção adotada consiste em analisar o princípio efetuando um corte epistemológico que deixa a Antigüidade para uma discussão que não se insere nos limites desta dissertação, e segue-se a análise a partir da forma tradicionalmente adotada pela maioria dos doutrinadores. Assim, entende-se a origem da cláusula do devido processo legal na *Magna Charta Libertatum* do ano de 1215¹⁴⁵, assinada pelo rei João Sem Terra, nos termos seguintes:

Artigo 39: Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

¹⁴³ GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. *Noronha's Legal dictionary= Noronha Dicionário Jurídico: English-Portuguese, English= Inglês-Português, Inglês*. 1.ed. São Paulo: Observador Legal, 1992, p. 100.

¹⁴⁴ COLE, Charles D. *O devido processo legal na cultura dos Estados Unidos: Passado, presente e futuro*. Revista AJUFE, ed. n. 56, agosto/setembro/ outubro, 1997, p. 34.

¹⁴⁵ *Magna Charta*, 1215. In: *The Britannia Encyclopedia*. Disponível em: «<http://www.britannia.com/history/docs/june-magna-carta.htm>». Acessado em 22/05/2001.

*Artigo 40: A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça*¹⁴⁶.

Pound¹⁴⁷ lembra que a própria *Magna Charta Libertatum* teria se abeberado principalmente nas garantias das Cartas de Liberdade do rei Henrique II. Apesar de ainda não constar com a denominação posteriormente consagrada, a de *due process of law*, já se previa o respeito à lei da terra no processamento e julgamento de quem quer que estivesse sofrendo uma acusação. Essa proteção era chamada *law of the land*¹⁴⁸. A expressão *due process of law*, como conhecida hoje, foi utilizada pela primeira vez em substituição à locução *law of the land* ou *per legem terrae*¹⁴⁹, na versão latina, uma vez que a carta era escrita no idioma culto da época, por um desconhecido legislador sob o reinado de Eduardo III, no documento *Statute of Westminster of the Liberties of London* datado de 1354¹⁵⁰. A essa época as expressões *law of the land*, *due course of law*¹⁵¹ e *due process of law* eram utilizadas indiferentemente.¹⁵²

¹⁴⁶ 39 – *No free man shall be seized or imprisoned, or striped of his rights or possessions, or outlouted or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.*

¹⁴⁷ 40 – *To no one we will sell, to no one deny or delay right or justice.*

¹⁴⁸ Cf. POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição brasileira de difusão cultural S.A., 1965, p. 18.

¹⁴⁹ Segundo o Noronha Legal Dictionary, *law of the land* significa direito a julgamento. A expressão à época em que foi cunhada significava direito a julgamento pela lei da terra.

¹⁴⁹ Cf. MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito**. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 41.

¹⁵⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo, 1982, p. 19, nota 49. *That no man, of what state or condition soever he be, shall be put out of his lands, or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor desinhered, nor put tp death, without he brought in to answer by due process of law.*

¹⁵¹ GOYOS JUNIOR, op. cit. p. 100. procedimento devido.

¹⁵² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 10.

Nos Estados Unidos da América o princípio em tela foi adotado e desenvolvido pelas Constituições estaduais sob o trinômio vida-liberdade-propriedade, ou seja, ainda antes da constituição federativa de 1787 que uniu definitivamente os estados da América do Norte em federação. Por conseguinte, a Constituição Americana através das suas Emendas V¹⁵³ e XIV¹⁵⁴ consagrou o princípio do devido processo legal ou o justo processo como meio de garantias do cidadão face à arbitrariedade do Estado. Refere ainda Nelson Nery Junior que o grande prestígio do direito constitucional americano deve-se à aplicação do devido processo legal, tanto no caso concreto como na interpretação normativa¹⁵⁵.

No ordenamento brasileiro, a cláusula do devido processo legal somente recebeu tratamento explícito na Constituição da República Federativa do

¹⁵³ The Constitution of the United States. The Bill of Rights. Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/amends.htm>» Acessado em 22/05/2001. *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any case to be a witness against himself, nor can be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* Tradução livre da Emenda V à Constituição americana: Ninguém será obrigado a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos em que, em tempo de guerra ou perigo público, ocorram nas formas de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal, nem a propriedade privada poderá ser expropriada para o uso público sem a justa indenização.

¹⁵⁴ The Constitution of the United States. The Bill of Rights. Disponível em: «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/amends.htm>» Acessado em 22/05/2001. (...) *Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, or deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* Emenda XIV: (...) Nenhum Estado poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção uniforme das leis

¹⁵⁵ A análise do *due process of law* americano nas suas versões substantiva e procedimental não constitui objeto central de estudo desta dissertação, por isso remetemos seu estudo às obras específicas do tema de alguns autores listados na bibliografia.

Brasil de 1988, embora observe o constitucionalista José Afonso da Silva¹⁵⁶, prefaciando a obra de Carlos Roberto Siqueira Castro, que antes disso ela esteve implícita em *algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança*.

Pelo fato de a garantia ter conteúdo material e conteúdo formal, verifica-se que o devido processo legal constitui-se de um duplo aspecto: ele é direito em si mesmo, quando se trata do direito a ter um processo justo e constitui-se em garantia quando, por seu intermédio visa-se à fruição de um determinado direito ou liberdade pública.

Rui Portanova¹⁵⁷ alerta: o princípio nasceu com o objetivo de fornecer um processo ordenado, mas atualmente é pertinente à adequação substantiva do direito com a dignidade das partes, o interesse individual, o interesse coletivo e difuso.

O princípio do devido processo legal, aqui estudado, trata do referente ao processo civil enquanto conjunto de garantias das partes para o exercício dos direitos e das prerrogativas de proteção jurisdicional. Neste sentido é a lição da Professora Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁸, quando afirma que, sob a ótica individualista, o processo é mera garantia de direito público subjetivo individual verificando-se a prevalência do interesse individual sobre o interesse social. Por outro lado, numa ótica publicista, o processo trata da garantia da justiça das

¹⁵⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. In: CASTRO, C. op. cit. p. XIV e XV.

¹⁵⁷ Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 147.

¹⁵⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias constitucionais do processo nas ações coletivas**. Revista de Processo, v. 43, p. 19-30, 1986. p. 21. *Com efeito, se de um lado as posições de vantagens das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a ótica do tipo individualista que privilegia o interesse pessoal sobre o social, de outro lado podem ser vistas como garantias, e não apenas das partes, mas também do justo processo segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça das decisões.*

decisões judiciais, posto que se trata de interesse geral buscar o chamado justo processo.

Como se pode observar, o devido processo legal não é uma cláusula estanque. Ao contrário, é dinâmica na medida em que reflete os avanços do seu tempo. Atualmente, face à grande evolução do processo individual para o coletivo, em que as demandas são demandas de massa, o devido processo legal também acompanha a evolução processual, já que busca a justiça justa como corolário de um Estado Democrático de Direito.

Moura¹⁵⁹, por seu turno, entende que o princípio do devido processo legal decorre do próprio princípio da legalidade ou do princípio do Estado de Direito. E a democracia, que somente pode existir em um Estado de Direito, é informada diretamente pelo princípio da igualdade, um dos princípios que serão estudados no decorrer deste mesmo capítulo.

Urge alertar que o devido processo legal assume duas espécies, o devido processo legal substancial ou material, e o devido processo procedimental ou processual, ou nas suas locuções norte-americanas o *substantive due process* ou ainda, o *procedural due process*.

2.1.2. Devido processo legal substancial ou material.

O devido processo legal na sua modalidade substancial, ou *substantive due process*, diz respeito ao aspecto material do processo, ou seja, é

¹⁵⁹ Cf. MOURA, E. op. cit. p. 79.

um corolário da proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Este se desenvolve a partir da década de 30 sob o New Deal norte-americano.

Cole¹⁶⁰, analisando o princípio na ótica de aplicação norte-americana, conclui que o devido processo substantivo é o *conceito pelo qual o Judiciário revê com independência a legislação para determinar se o governo usou meios apropriados, isto é, se a legislação promulgada tem uma relação razoável com um fim governamental legítimo*. Isso significa que a modalidade substancial do princípio possibilita o estabelecimento de *limites materiais*¹⁶¹ para o Poder Público em matérias que tratam da agressão ao trinômio vida-liberdade-propriedade.

Na lição de Tucci¹⁶², o devido processo legal na versão substantiva consiste na racionalidade na elaboração da lei (obedecendo aos pressupostos de criação da mesma) e na razoabilidade (que determina que o seu conteúdo seja radicado em uma concepção de justiça e respeito à constituição). Castro Filho¹⁶³ observa que a faceta substantiva do devido processo legal confere à hermenêutica um poderoso manancial a ser explorado, especialmente no que pertine as liberdades públicas.

Parece que a modalidade substantiva abre a possibilidade para a interpretação, mas ainda impede o arbítrio do investido do poder jurisdicional, o juiz, que permanece vinculado ao interesse público.

¹⁶⁰ COLE, Charles D. **O devido processo legal na cultura dos Estados Unidos: Passado, presente e futuro**. Revista AJUFE, ed. n. 56, agosto/setembro/ outubro, 1997, p. 34.

¹⁶¹ Cf. MOURA, E. op. cit. p. 76.

¹⁶² Cf. TUCCI, R. op. cit. P. (...) *elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais*.

¹⁶³ CASTRO FILHO, José P de. **Princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil**. In: Revista de Processo, n. 70, ano 18, abr-jun/1993, p. 157.

2.1.3. Devido processo legal processual ou procedimental.

O devido processo legal processual, ou *procedural due process*, tem um sentido mais específico que o devido processo substancial, posto que visa somente o processo. Esta é a modalidade de que a doutrina e o direito brasileiro se servem, da qual emanam alguns princípios do processo civil brasileiro, dentre eles, os princípios da igualdade entre as partes, do direito de ação, do direito de defesa e ao contraditório¹⁶⁴. Com isto percebemos que mesmo antes da positivação do princípio na seara constitucional, já poderíamos extrai-lo do próprio texto constitucional.

Refere Nery Jr.¹⁶⁵ que a modalidade do devido processo procedimental ou processual nada mais é que *a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível*. Traduz-se na possibilidade de a parte ter o seu dia na Corte, o chamado *his day in the Court* pela Suprema Corte Americana.

Ainda, na concepção de Tucci, trata-se da aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo¹⁶⁶.

2.2. Os princípios derivados do devido processo legal.

2.2.1. Princípio da jurisdição, conceito e características.

Jurisdição, segundo Cintra¹⁶⁷, é uma das funções que o Estado exerce de forma exclusiva. É no monopólio da jurisdição que o Estado busca a

¹⁶⁴ Cf. NERY JR, N. op. cit., p. 39-40.

¹⁶⁵ NERY, JR, op. cit. p. 40.

¹⁶⁶ Cf. TUCCI, R. Op. Cit., p. 15.

pacificação dos conflitos de forma imparcial e com justiça¹⁶⁸. Jurisdição possui, portanto, um triplice aspecto: é poder enquanto manifestação do poder estatal; é função quando busca a pacificação dos conflitos através do direito justo¹⁶⁹ e ainda é atividade enquanto complexo de atos emanados de juiz competente.

A jurisdição tem como escopo último a realização do direito, segundo a fórmula consagrada: *é a função estatal que tem a finalidade de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário*¹⁷⁰. Desta forma, através da jurisdição, o Estado cumpre sua função teleológica de realização do Direito, inclusive valendo-se da violência legítima, nos casos extremos. Ela tem origem no momento em que o Estado chama para si a solução dos conflitos, não admitindo a partir daí, a autotutela (também conhecida como “justiça pelas próprias mãos”), senão em casos exclusivíssimos, como por exemplo, o da legítima defesa ou a defesa da posse. Isto por que vale a máxima *nemo iudex in rem sua*, ou seja, ninguém é bom juiz em causa própria.

¹⁶⁷ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, **Teoria geral do processo**. 9. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1993, p.113.

¹⁶⁸ Cf. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, **Teoria geral do processo**. 9. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1993, p.41-42. *Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu poder (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial(...) assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado(...) visa um objetivo maior, que é a pacificação social.(...)O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social.(...)Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à 'ordem jurídica justa'.*

¹⁶⁹ A noção de direito justo tratada é aquela que coincide com a pertinência entre direito posto e o anseio de justiça adotado por uma determinada sociedade. O conceito consta do glossário.

¹⁷⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 52. *A jurisdição é justamente a função estatal que tem a finalidade de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário. Sua nota individualizadora está, por conseguinte, em ser a função estatal dirigida especificamente ao fim de manter, em última instância, o ordenamento jurídico quando este não foi observado espontaneamente pela sociedade.*

Roberto Rosas afirma que *o exercício da função jurisdicional pressupõe o conflito*. E trata-se da função de soberania do Estado regulada pela Constituição na distribuição de competências e regulação do exercício da atividade jurisdicional, bem como cumpre a função da manutenção do ordenamento jurídico ao conferir-lhe eficácia¹⁷¹. Entretanto, nem sempre a jurisdição pressupõe conflito, pois a jurisdição pode ser provocada, mas de forma voluntária, quando a parte prescinde de uma emanção do Estado para garantir seu direito. Por outro lado, não há jurisdição sem ação, ou seja, sem a provocação, pela parte interessada, do Poder Judiciário.

Conforme definição de Tucci¹⁷², a jurisdição constitui-se em uma espécie de poder-dever de que são titulares os tribunais e juízes, investidos através de lei para exercer a atividade jurisdicional, com a função primordial de dizer o direito aplicável a um caso concreto que lhe é apresentado. O direito à jurisdição é um direito público subjetivo que protege a todos indistintamente.

O inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁷³, consagra o direito à jurisdição no ordenamento brasileiro na fórmula *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*, como também a unidade da jurisdição brasileira, ao contrário

¹⁷¹ Cf. ROSAS, R. op. cit., p. 27. *É função da soberania do estado e como tal é preservada, na própria Constituição, quando distribui seu exercício entre os órgãos (tribunais e juízes). Santi Romano chega a afirmar que essa função tem por objeto a manutenção e a efetivação do ordenamento jurídico*

¹⁷² Cf. TUCCI, R. op. cit. p. 12. *jurisdição é poder-dever concedido aos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais – para, no exercício de função em lei definida, e mediante atividade substitutiva da dos membros da comunhão social, realizar o direito aplicável a uma pretensão (no processo civil) ou a um conflito de interesses de alta relevância social (no processo penal)*

¹⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

da jurisdição francesa que admite a dualidade de jurisdição em relação à esfera administrativa.

Percebe-se então, que o Estado disponibiliza o processo como instrumento adequado para que a parte ofendida em seu direito exerça o direito de ação, e com isso a jurisdição. Da mesma forma o Estado exerce o poder através de seus agentes sendo que, no caso da jurisdição, ele a exerce através de seus juízes. Outrossim, a imparcialidade é uma das características da própria função jurisdicional, geralmente ligada à pessoa do juiz - enquanto representante do órgão jurisdicional - um terceiro na lide na qual ele próprio não tem interesse algum. Daí advém o princípio da inércia da jurisdição, pois uma vez que não é parte, não cabe ao juiz demandar ou provocar o Judiciário e a jurisdição.

Cumprе ressaltar outra importante característica dos atos jurisdicionais: o fato de eles tornarem-se imutáveis, ou seja, de sofrerem a autoridade da coisa julgada, que nada mais é que a imutabilidade dos efeitos da sentença definitiva de mérito, da qual não cabe mais pronunciamento judicial.

Além disso, a doutrina específica¹⁷⁴ elenca alguns dos principais princípios ligados ao princípio da jurisdição. Dentre eles o princípio da investidura, que se traduz no exercício da jurisdição somente por aquelas pessoas, os juízes, que obedeceram ao procedimento determinado em lei para o preenchimento dos cargos; o princípio da indelegabilidade, segundo o qual não cabe ao juiz delegar suas funções determinadas pela lei, a outro juiz ou órgão, uma vez que não age em nome próprio, mas em nome do Estado; o princípio da

¹⁷⁴ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., p. 118 e ss.

inevitabilidade, segundo o qual as partes devem sujeitar-se; o princípio da inafastabilidade do controle judicial; o princípio da inércia da jurisdição e o princípio do juiz natural.

2.2.1.1. Princípio da independência.

O princípio da independência está para a jurisdição como o princípio da imparcialidade está para o juiz. Segundo Portanova, aquela *diz com a função de julgar. É a porção técnica jurisdicional do Estado*, enquanto esta é a *porção subjetiva do órgão*¹⁷⁵. Independência da jurisdição nada mais é que reflexo do princípio da separação das funções do poder. Desta maneira, o Judiciário, para bem poder cumprir seu papel social, deve ser independente das pressões dos demais poderes, tanto quanto das opiniões populares. A jurisdição, por se tratar do exercício do próprio poder soberano, há que permanecer livre para refletir o ideário de justiça. A independência não significa, no entanto, irresponsabilidade ou liberdade absoluta, posto que a jurisdição está adstrita ao princípio da legalidade.

2.2.1.2.. Princípio da inércia da jurisdição.

Outra característica relevante da jurisdição é a inércia de seus órgãos, traduzida na locução latina por *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*, significando que a jurisdição necessita de atores que a provoquem, uma vez que ela não age de ofício. Pois em se tratando da função principal da

¹⁷⁵ PORTANOVA, R. op. cit., p. 73.

jurisdição a pacificação dos conflitos, quando as partes não tiverem interesse em litigar, ao juiz, enquanto órgão do Estado, não cabe provocar a demanda. Por esta razão vige o princípio de que o juiz deve ser provocado. Observe-se que mesmo o Ministério Público somente pode agir conforme disposição legal, devido ao princípio da obrigatoriedade a que está vinculado, ou pela provocação da parte interessada. Exceções existem em que o juiz pode agir *ex officio*, embora todas adstritas ao princípio do interesse público e da justiça, e não em virtude do juízo de oportunidade ou uma possível discricionariedade da atividade jurisdicional. O princípio ora tratado aplica-se tanto nos casos de jurisdição voluntária quanto de jurisdição contenciosa, em processos de conhecimento, cautelar ou de execução¹⁷⁶.

O respeito ao princípio da inércia da jurisdição ordena que a parte promova a ação, porém após a instauração do processo, ele segue seu curso através de impulso oficial até a sentença, ou a extinção do processo, isto porque o processo é instrumento público e como tal não poderia ficar sujeito aos caprichos de natureza privada.

A jurisdição, diz Cintra¹⁷⁷, enquanto emanção do poder estatal, é sempre uma. Há, porém, que se verificar as várias espécies de jurisdição, classificadas em quatro categorias: a primeira de acordo com o seu objeto (se penal ou civil); a segunda de acordo com a esfera em que atua (se especial ou

¹⁷⁶ Cf. PORTANOVA, R. op. cit., p. 71.

¹⁷⁷ Cf. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., p. 122. a) o critério do seu objeto, jurisdição penal ou civil; b) pelo critério dos organismos judiciário que a exercem, especial ou comum; c) pelo critério da posição hierárquica dos órgãos dotados dela, superior ou inferior; d) pelo critério da fonte do direito com base no qual é proferido o julgamento, jurisdição de direito ou de equidade.

comum); a terceira categoria em consonância com a hierarquia (se superior, segundo grau de jurisdição, ou inferior, primeiro grau de jurisdição); e a última segundo a espécie de fundamento de julgamento (se jurisdição de direito ou se de equidade). Esclareça-se, ainda, que essa distribuição radica muito mais na questão da competência que da jurisdição propriamente dita.

Lembre-se mais uma vez que a jurisdição, objeto deste estudo, é a jurisdição civil. Ainda, acerca da jurisdição especial ou comum verifica-se que o que caracteriza cada uma delas é a pertinência material, razão pela qual permanece intocável o repúdio aos tribunais de exceção, princípio que será estudado mais adiante. A questão atinente à jurisdição superior ou inferior radica-se no princípio do duplo grau de jurisdição, embora ele não se encontre disciplinado pela Constituição. Entende-se que constitui-se em princípio decorrente do próprio estado de direito.

2.2.1.3. O princípio do duplo grau de jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição é o que garante à parte a oportunidade de ter sua sentença desfavorável revista por um tribunal, chamado de juízo de segunda instância, formado por juízes mais experientes e com decisão analisada por um órgão colegiado, ou seja, a decisão será de vários juízes e não mais de um único como é o juízo monocrático de primeiro grau.

Apesar da possibilidade de a parte pedir que a decisão prolatada seja revista, a revisão não é um princípio absoluto no direito brasileiro. Vale dizer, o direito recursal pode ser indeferido por manifesta intempestividade,

incabimento, improcedência ou nas questões somente de direito contrárias às súmulas do Supremo Tribunal Federal, o STF ou Superior Tribunal de Justiça, o STJ¹⁷⁸. Não obstante, a regra do duplo grau de jurisdição vem a ter outro importante substrato que reside não mais no direito de a parte que se sente prejudicada pela decisão em receber um segundo pronunciamento acerca da lide, mas no fundamento de *natureza política*¹⁷⁹, pois ele é um verdadeiro controle interno do Poder Judiciário, haja vista que diferentemente dos demais poderes que são legitimados pelo sufrágio popular periódico, o Poder Judiciário compõe-se de juízes de carreira que não sofrem esse controle popular. O duplo grau de jurisdição age, pois, como um controle interno do próprio Poder Judiciário.

2.2.1.4. Jurisdição de direito e a jurisdição de equidade.

Já a jurisdição de direito e a jurisdição de equidade funcionam de maneira a contrapor-se mutuamente, já que invalida a outra. O Código de Processo Civil Brasileiro no artigo 127¹⁸⁰ estabelece que a jurisdição por equidade será excepcional e o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Desta forma, a jurisdição de direito é a regra do ordenamento processual brasileiro. A exceção se faz especialmente nos casos referentes a processos arbitrais, mas não somente neles. Nas causas de alimentos, o juiz, na maioria das vezes, decidirá por juízo de equidade, além de outros específicos previstos pela

¹⁷⁸ Cf. NERY JR, N. op. cit., p. 168.

¹⁷⁹ CINTRA, op. cit., p. 69. Neste sentido ver Alcides de Mendonça Lima, Introdução aos recursos cíveis, 2. ed. p. 135. Chiovenda, Instituições de direito processual civil, 2. ed, 1965. Roberto Rosas Direito processual constitucional, 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p.22, entre outros.

¹⁸⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

própria lei. Um desses casos é o do artigo 1.456¹⁸¹ do Código Civil quando em causas relativas às obrigações do segurado, o legislador já estabelece o que o juiz decidirá pela equidade.

2.2.2. Princípio do acesso à justiça.

A expressão acesso à justiça parece uma fórmula dotada de um poder espetacular. Neste sentido Horácio Wanderlei Rodrigues¹⁸² ensina que a vagueza da expressão acesso à justiça sinaliza dois significados: o primeiro deles trata o termo justiça como sinônimo de Poder Judiciário. Assim sendo, falar de acesso à justiça seria o mesmo que falar de acesso ao Judiciário ou aos seus órgãos; o segundo significado já possui um caráter axiológico do termo justiça, que aqui traduz o acesso a uma ordem jurídica fundada em valores adotados por uma determinada sociedade e os direitos fundamentais nela reconhecidos.

Cappelletti¹⁸³, no estudo referente ao acesso à justiça, destaca as chamadas três ondas: a primeira é relativa à fuga do Judiciário pelo econômico, social e culturalmente desfavorecido; a segunda é a que trata dos interesses difusos, hoje elevados a uma proteção especial, e a terceira é a relativa ao risco de

¹⁸¹ BRASIL. Código Civil. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 – (Legislação brasileira) Art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.

¹⁸² Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28. *o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.*

¹⁸³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-73.

crescente burocratização do Judiciário. Em todas as três ondas percebe-se uma diminuição do acesso à justiça.

A garantia do acesso à justiça, ou de acesso aos tribunais, segundo Canotilho, é uma concretização do princípio estruturante do Estado de Direito¹⁸⁴. O mesmo autor afirma, também, que esse acesso remete a uma *proteção eficaz*, que inclui a adequação temporal, sem que esta configure a chamada *justiça acelerada*. Essa proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada pressupõe a exequibilidade das sentenças e uma dimensão de natureza prestacional, que confere ao hipossuficiente meios de acesso à justiça que sejam patrocinados pelo Estado. Desta forma é que o benefício da assistência judiciária gratuita aos menos favorecidos economicamente se impõe, e a atual Constituição Brasileira¹⁸⁵ não olvidou a matéria, tratando-a no inciso LXXIV ao artigo 5º, *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*. Repare-se que a assistência gratuita não se dirige a qualquer pessoa física ou jurídica, mas somente àquelas que comprovarem a necessidade de que o Estado patrocine a demanda na forma da gratuidade, sob risco de frustrar o direito à jurisdição e ao devido processo legal.

Mas o acesso à justiça prescinde de outro fator, o da defensoria técnica. Vale dizer que somente a isenção de custas não é suficiente para que a parte hipossuficiente litigue. Faz-se mister a criação das Defensorias Públicas, sem as quais, embora haja a possibilidade de isenção de honorários advocatícios,

¹⁸⁴ Cf. CANOTILHO, J. op. cit. p. 651.

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

o cidadão hipossuficiente fica em uma situação de flagrante desvantagem, haja vista que o advogado que o representa não tem o mesmo estímulo que o da parte adversa, seja por saber que seus honorários serão ínfimos, seja pela impossibilidade de produção de provas de alta complexidade técnica, o que demandaria um relativo custo que seu cliente não pode pagar.

De fato, a Constituição preconiza a criação das Defensorias Públicas¹⁸⁶ quando estabelece que estas constituem instituições essenciais para que o Estado exerça a função jurisdicional e determina que cabe às mesmas a orientação jurídica e a defesa judiciária em todas as esferas, seja em primeiro grau de jurisdição, seja em grau de recurso, para todas as pessoas consideradas necessitadas do patrocínio judiciário. Apesar disso, o que ocorre é que na maioria dos estados da federação ainda não se organizou esta instituição. E a Constituição deixa explícito que às Defensorias Públicas cabem além da defesa em juízo, a orientação jurídica aos necessitados, quer dizer, visa também a prevenção de eventuais litígios futuros. Ao que tudo indica, a atual abordagem do acesso à justiça radica não mais no limite dos órgãos judiciais existentes, mas no acesso a uma ordem jurídica justa¹⁸⁷.

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. *Artigo 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*

¹⁸⁷ Cf. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Participação e processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

2.2.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa.

Lembra Guerra Filho¹⁸⁸ que o princípio do contraditório constitui mais que um princípio de organização do processo, mas trata-se de um direito fundamental processual.

O princípio do contraditório, hoje traduzido na locução constitucional do artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988¹⁸⁹, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, ampliou sua aplicação que, antes da Carta Constitucional de 1988, abrangia apenas o processo penal, embora a melhor jurisprudência já o entendesse aplicável também ao processo civil e ao processo administrativo.

Este princípio político-constitucional vem na mais pura tradição do princípio do estado de direito, pois para se garantir a igualdade das partes no processo, qual seja ele, há que se oportunizar a contradição das provas obtidas pela parte contrária na busca pela justiça. Constitui-se no direito que têm as partes, sejam autores ou réus, de participar ativamente dos atos processuais. Assim sendo, todos têm o direito de se defender em um processo, e sem a oportunidade do contraditório e a ampla defesa não há como falar em paridade de armas entre os litigantes.

¹⁸⁸ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: EFC, 1989, p. 14.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Há que se verificar que o dito princípio aplica-se não somente às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas, tanto na defesa da igualdade processual quanto na defesa de direitos fundamentais.¹⁹⁰

O contraditório constitui-se, ainda, no direito das partes de conhecerem o processo para que lhes seja aberta a oportunidade de produzir suas provas. Por isso essa oportunidade deve ser real, pois que o contraditório formal não se coaduna com o contraditório apregoado pela Carta constitucional, já que contraditório formal em que a parte não tenha o real direito de se defender no processo, não corresponde a contraditório nenhum. Diz-se, ademais, que o princípio do contraditório no processo civil traduz-se no fenômeno da *bilateralidade da audiência*¹⁹¹.

Aqui a questão da concessão de medida liminar *inaudita altera pars*¹⁹² deve ser posta em análise, pois de fato a parte contrária não é ouvida, causando uma aparente mácula ao referido princípio. Mas ao se atentar para a provisoriedade da decisão, percebe-se que o conflito é mais aparente que real, uma vez que a medida, que é provisória, pode ser revertida. E ainda mais, pois o interesse preponderante, neste caso, é a realização da justiça, o que autoriza a concessão de medida liminar toda vez que a demora na prestação jurisdicional puder causar um gravame irreparável à parte. O Professor Nelson Nery Júnior lembra que a própria concessão de medida liminar, seja cautelar ou antecipatória,

¹⁹⁰ Cf. NERY JR, N. op. cit. p. 128.

¹⁹¹ Neste sentido ver ARRUDA ALVIM, **Manual de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, n.4, p.21; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. V. 1. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 67.

¹⁹² Brocardo latino que designa a não ouvida da parte contrária.

não está adstrita ao poder discricionário do juiz, que fica obrigado a concedê-la sempre que os requisitos legais estiverem presentes¹⁹³.

No caso de um réu ser citado fictamente, ou seja, não houve a possibilidade da citação pessoal, existe a presunção de que ele desconhece a existência de ação contra si. Assim sendo, para que o princípio do contraditório seja observado há a disposição legal de exigibilidade de nomeação do curador especial cuja missão principal é contestar a ação decorrente do *mínus* público¹⁹⁴ que se investe. Há que ressaltar que somente no caso de o réu não ter tido a oportunidade de conhecer a ação é que a nomeação do curador torna-se necessária e legítima.

Observa-se o referido princípio em todos os tipos de processo civil, seja o processo de conhecimento, o de execução¹⁹⁵ ou o cautelar. Apesar da doutrina discordante da existência do contraditório no processo de execução, parece que a razão está no ensinamento de Nery Jr.¹⁹⁶, no tocante a existir o contraditório, seja na oportunidade de oferecimento dos embargos à execução, seja quando o devedor oferece a *exceção de preexecutividade*¹⁹⁷.

Em regra, o contraditório formal no processo civil é realizado pela citação do réu. Isso significa que na melhor tradição de princípio derivado do devido processo legal, a sentença, mesmo que prolatada pelo juiz natural, mesmo

¹⁹³ Cf. NERY Jr, N. op. cit., p. 142.

¹⁹⁴ Cf. NERY Jr, N. op. cit., p. 145.

¹⁹⁵ Em relação ao processo de execução, parte da doutrina entende não existir o contraditório, entre os autores mais citados, LIEBMAN, Enrico Tullio. *La opposizioni di mérito nel processo de esecuzione*. Roma, 1931, p. 186. e na doutrina nacional BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989.; NERY Jr, N. op. cit., p. 136.

¹⁹⁶ Cf. NERY Jr, N. op. cit., p.137.

¹⁹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual de processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.

que pública e motivada, se não conceder à parte a oportunidade de apresentar sua defesa, contraditar as testemunhas, oferecer suas provas, em resumo, se não lhe for concedida a possibilidade de participação no processo, ele será considerado inválido ou nulo.

2.2.4. Princípio do juiz natural.

Um princípio que vem na esteira do princípio da jurisdição é o do juiz natural, estatuído pela Constituição de 1946, que estabeleceu não ser possível criar lei que exclua a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário na verificação da ocorrência de lesão (ou mesmo ameaça de lesão) de direito individual¹⁹⁸. Trata-se de um princípio que deixa explícito a aversão dos povos cultos aos tribunais de exceção utilizados em muitos países durante regimes totalitários, inclusive no nosso país durante o período da ditadura.

Com a retomada democrática, esta se tornou uma norma que vige na atual Carta Constitucional Brasileira de 1988¹⁹⁹, ao estabelecer o repúdio à criação de juízos ou tribunais de exceção, bem como a necessidade da observância da autoridade competente pré-constituída para o processamento e prolação de sentença. Conforme alerta o Professor Nelson Nery Junior, a proibição do tribunal de exceção advém do próprio princípio do estado de direito.

¹⁹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, Art. 141, § 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*

¹⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001., artigo 5º, inciso XXXVII *não haverá juízo ou tribunal de exceção e ainda no inciso LIII ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.*

O juiz natural constitui-se, então, daquela pessoa investida pelo Estado da atribuição constitucional para exercer a jurisdição, observados os princípios e limites determinados na Carta Constitucional. A verificação do juiz natural faz-se pela observância de alguns pressupostos, entre eles a qualificação substancial do juiz²⁰⁰, o da prévia fixação da competência (seja material, seja territorial). Por conseguinte, verifica-se que juiz natural é o pré-constituído - competente e independente jurídica e politicamente - com todas as garantias da carreira, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

Por outro lado, o juiz natural não é somente aquele proveniente da carreira da magistratura. A Constituição Federal faz exceção quanto à competência privativa do Senado Federal em ser o júízo especial para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, e os Ministros de Estado nos crimes conexos com o crime de responsabilidade do Presidente da República. Aqui cabe esclarecer que, por tratar-se de júízo especial em razão da matéria e das pessoas políticas envolvidas, predeterminadas pela Constituição Federal, constitui-se o juiz natural, não se afigurando júízo de exceção, apesar de excepcional.

Esclarece ainda a doutrina²⁰¹ que a garantia do juiz natural engloba três concepções: a primeira, a de que somente os órgãos instituídos pela Constituição são órgãos jurisdicionais; a segunda, a de que ninguém pode ser

²⁰⁰ Cf. NERY Jr, N. *op. cit.*, p. 68.

²⁰¹ Cf. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *op. cit.*, p. 50-51.

julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; e a terceira, a que vincula o juiz pré-constituído a uma relação de competência.

Ainda há que ressaltar que a observância ao princípio do juiz natural exige que não somente o juiz natural sentencie, como também dirija o processo, pois o processo conduzido por juiz incompetente invalida todo o processo, mesmo que a sentença prolatada provenha do juiz natural.

É salutar elucidar que os tribunais ou justiças especializadas também não se configuram tribunais de exceção, pois constituem justiças especializadas em razão da matéria ou da menor complexidade da causa²⁰², e não tribunais criados para julgar determinado caso concreto. Tampouco a prerrogativa de foro, seja no juízo civil em causas de família, seja nos de crime de responsabilidade, caracterizam o tribunal de exceção. Também não são privilégios, estão na categoria prerrogativa, ou seja, são antes garantia, esta determinada em relação ao estado da pessoa ou função pública.

O caráter da sentença proferida em Juízo arbitral também constitui prestação jurisdicional e hoje, face à atual Lei da Arbitragem independe, mesmo da homologação pelo órgão estatal, isto ocorre pelo fato de que as partes escolhem livremente o juiz não togado ou árbitro para que decida toda a controvérsia à qual ambas as partes se submetem²⁰³.

Saliente-se, como fez Perelman²⁰⁴ que o juiz não se trata de um *mero espectador objetivo e desinteressado*, que deixe os fatos se amoldarem pura

²⁰² Ver Juizados Especiais e de pequenas causas.

²⁰³ Cf. NERY JR, N. op. cit. p. 74.

²⁰⁴ Cf. PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 196.

e simplesmente à lei, mas deve tomar posição. Essa posição deve ser imparcial, porém não há como dizer-la neutra. Ainda, remete que o Judiciário não está a serviço dos demais poderes para legitimá-los, seu escopo é a justiça, assim, o juiz não se transmuta em instrumento de que se vale o legislador, pois não está a seu serviço, nem a serviço do poder, está a serviço da justiça, por isso suas decisões devem ser equitativas.²⁰⁵

2.2.4.1. Princípio da imparcialidade.

A imparcialidade do juiz é condição *sine qua non* na carreira da magistratura. Ao juiz é vedado que tenha qualquer interesse na causa ou em relação às partes. A imparcialidade do juiz não quer dizer neutralidade do mesmo. Neste sentido vale o pronunciamento de Cândido Dinamarco, segundo o qual o processualista não confunde imparcialidade com neutralidade axiológica²⁰⁶, uma vez que o juiz, enquanto membro da sociedade, constitui-se em depositário de valores culturais dos quais ele próprio não pode livrar-se no momento de julgar, continua a ser o homem que é apenas investido de uma função pública que exige a imparcialidade, traduzida na forma de não possuir interesse direto ou indireto na causa sob seu julgamento. Todavia, entender a imparcialidade do juiz como uma

²⁰⁵ Cf. PERELMAN, C. op. cit., p.73. *O juiz não se pode contentar em aplicar a lei consoante à vontade do legislador: deve servir-se da lei para motivar suas decisões, mas estas devem ser acima de tudo equitativas. O juiz não está a serviço do poder que o nomeou, está a serviço da justiça.*

²⁰⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido. *Escopos políticos do processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; **Participação e processo**. DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 114-127, 1988. p. 115. (...) *o processualista moderno sabe também que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não inova e não infringe o dever de imparcialidade.*

continuidade da vontade do legislador, a boca da lei, sem vontade, acrítico, é descaracterizar a elevada função pública.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preferiu tratar o princípio da imparcialidade na forma negativa, ou seja, logo após determinar as garantias de que goza o juiz, elencar as vedações a que fica adstrito. Assim, percebemos no parágrafo único do artigo 95²⁰⁷ a limitação ao acúmulo de funções, permitindo exercer somente mais uma única função de magistério. Fica proibido o recebimento de custas ou participação em processo, e de dedicar-se a atividades político-partidárias. Outrossim, verificam-se outras causas de suspeição e impedimento do juiz que o afastam do exercício da jurisdição (e que estão inscritas no artigo 134 do Código de Processo Civil²⁰⁸) e as de impedimento (no artigo 135 do mesmo diploma legal).

²⁰⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Art. 95, Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se à atividade político-partidária.

²⁰⁸ Brasil. Código de Processo Civil. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. (Legislação brasileira)

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário;

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parente destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

2.2.4.2. Princípio da investidura e aderência ao território.

A investidura configura o ato que liga o agente público ao Estado. Esta, no caso brasileiro, faz-se na forma administrativa que é a admissão através de concurso público ao cargo de juiz. Somente após dois anos de exercício o juiz adquire a vitaliciedade como garantia da magistratura, e mesmo da imparcialidade e independência, tanto do juiz quanto da jurisdição.

Já o princípio da aderência ao território condiz com o limite territorial em que o juiz exerce a atividade jurisdicional.

2.2.4.3. Princípio da indelegabilidade e da indeclinabilidade.

O princípio da indelegabilidade, alerta Ada Pellegrini Grinover²⁰⁹, não tem assento constitucional expresso. Decorre, contudo, do princípio constitucional da indelegabilidade entre os poderes. Dele extrai-se a obrigatoriedade do juiz de presidir os julgamentos, bem como o processamento e o julgamento dos mesmos.

O referido princípio decorre da própria inafastabilidade do controle do Judiciário, encontra-se insito no poder-dever de julgar do juiz, ao qual está ele proibido de declinar em virtude da função que ocupa. Ressalte-se que o juiz, diferentemente do cientista, não pode se furtar à obrigação de decidir a lide em

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender as despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

²⁰⁹ Cf. GRINOVER, CINTRA, DINAMARCO, op. cit., p. 118.

virtude da falta de precisão ou conhecimento, razão pela qual o juiz decide na maior parte das vezes na *plausibilidade* da decisão para o caso concreto. Evidentemente ele não pode prever essa plausibilidade. Em tais casos decide pelo afastamento das soluções menos plausíveis e adota a solução que detém uma maior margem de probabilidade de ser a plausivelmente justa. Isto porque está insita na atividade jurisdicional a obrigatoriedade de o juiz aceitar o risco da insegurança da decisão, configurando-se suficiente que tenha esgotado todos os meios de concretização para chegar a uma decisão considerada plausível²¹⁰.

No sistema brasileiro o juiz não pode alegar obscuridade ou lacuna da lei²¹¹, caso em que fica obrigado a apreciar a demanda e pronunciar²¹² sua decisão valendo-se da analogia, do costume e dos princípios gerais de direito²¹³, se não for o caso de extinção da ação sem o julgamento do mérito.

2.2.4.4. A função jurisdicional e o juiz.

Na atuação da função jurisdicional, no poder-dever de aplicar a lei, está implícita a de interpretá-la. Assim, o juiz não é mais simplesmente a inerte “boca da lei”. O juiz no exercício da função jurisdicional exerce função pública na

²¹⁰ Cf. LARENZ, op. cit., p. 414-416. O autor explicita que nestes casos de fronteira, como ele os denomina, pode ocorrer a plausibilidade de duas ou mais soluções jurídicas, quando configura-se legítimo que o juiz busque a resolução justa conforme sua convicção pessoal e evite as demais vias flagrantemente injustas. No entanto, pondera que isto vale apenas na margem de livre apreciação do juiz.

²¹¹ Cf. PORTANOVA, R. op. cit., p. 93.

²¹² Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição – noções fundamentais*. Revista de Processo, v. 19, p. 9-22, 1980.

²¹³ Lei de Introdução ao Código Civil Art. 4º. *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*, e Código de Processo Civil, Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas gerais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

forma de delegação, na qual ele, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo que exercem o poder através da delegação recebida em sufrágio, recebe o poder pelo meio direto, a investidura no cargo. Essa forma de exercício do poder, que investe a função jurisdicional, tem como origem a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16.06.1776²¹⁴, na locução: *Todo o poder reside no povo e, por consequência, deriva no povo; os magistrados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo tempo perante a lei*. Apesar da expressão ser flagrantemente positivista, hoje se entende que cumpre ao juiz, no exercício da jurisdição, inclusive a valoração da norma, a ponderação de valores e bens para chegar à conclusão do caso concreto com a sentença. Neste sentido, a valoração de uma determinada conduta constitui função do jurista das mais relevantes, a *materialização das valorações*²¹⁵, uma vez que ao valorar as condutas, baseado em princípios jurídicos, confere à sentença uma espécie de justiça lastreada pela racionalidade. Vale dizer que o juiz, na apreciação do caso concreto apresentado está vinculado além dos fins da lei, à valoração efetuada pelo legislador antes dele próprio²¹⁶.

Da valoração da norma, e da interpretação conferida pelo juiz a uma determinada norma tem-se o fenômeno da criação do direito. Quando é

²¹⁴ Virginia Declaration of Rights. 1776. Disponível em «<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/independence/virdor.htm>» Acessado em 22/05/2001.

²¹⁵ Cf. LARENZ, op. cit., p. 410. *É errado pensar que o “valorar” é somente uma conduta que não é proporcionada por meio de ponderações racionais e, neste sentido, “irracional” e emocionalmente condicionada em ampla escala. Decerto que um tal valorar puramente “emocional” predomina, de longe, no dia-a-dia e dificilmente se deixa erradicar das discussões políticas, nem sequer das salas de audiência. Mas a tarefa do jurista é precisamente a “materialização” das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento “orientado a valores”, como acima dissemos.*

²¹⁶ Cf. LARENZ, op. cit., p. 486.

discutida a legitimidade do juiz em criar o direito, Cappelletti²¹⁷ pronuncia-se pelo não ferimento do princípio da separação dos poderes e pela não usurpação da atividade legislativa pelo Judiciário, uma vez que parece entender que a criação do direito por parte dos juízes e dos tribunais consubstancia atividade secundária, no sentido de conferir a eficácia ao direito por vezes lacunoso ou impreciso.

2.2.5. Princípio da publicidade.

O princípio da publicidade e da motivação das decisões, estabelecido pelo artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹⁸, encontra seu fundamento na cláusula do devido processo legal e na regra fundante de que o Estado age em nome do povo, o verdadeiro titular do poder, prescindindo, assim, de transparência para ser legítimo. Isto porque a finalidade de um Estado Democrático de Direito é sempre o interesse público, o bem comum.

Na época da Grande Revolução Francesa a reação contra os juízos secretos foi intensa. Apesar de largamente repetido em diversos documentos e em outros artigos constitucionais e legislativos, o princípio da publicidade já se encontra inscrito no início da própria Carta da República Brasileira atual, no artigo 1º, § 1º, na locução constitucional: *Todo o poder emana do povo*. Onde se

²¹⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.93.

²¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

depreende que se o poder emana do povo, a ele cabe a fiscalização dos atos que o poder público adota em seu nome. O verdadeiro titular do poder, pois, para fiscalizar necessário se faz conhecer.

Couture ensina que a publicidade dos atos processuais é pressuposto do sistema democrático de governo, constituindo-se em *elemento para a aproximação da Justiça aos cidadãos*.²¹⁹ Assim, os cidadãos, enquanto titulares do poder, precisam conhecer e confiar na atuação dos seus delegados.

Além de o princípio da publicidade constar explicitamente na Constituição no artigo 93, para os atos judiciais, também está para o Poder Público em geral, no *caput* do artigo 37²²⁰, quando trata da Administração Pública. Ou seja, o legislador constituinte entendeu que tanto Poder Judiciário, quanto Administração Pública são órgãos do Poder Público, e não poderia ser diferente.

A ampla publicidade dos atos processuais serve, ainda, como proteção às partes de serem comunicadas e chamadas aos atos processuais, mas também para que toda a comunidade tenha conhecimento e fiscalize a administração da justiça. Por isso atribui-se duas espécies²²¹ ao princípio da publicidade: a primeira a publicidade popular justificada pelo interesse público em conhecer os atos do poder, que é a publicidade como garantia política, e a

²¹⁹ Cf. COUTURE, E. op. cit. P. 87.

²²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte @...)

²²¹ Cf. CINTRA, op. cit., p. 64.

segunda, restrita às partes e seus advogados. Nesta última, observa-se que o fato de existirem algumas demandas que devem processar-se em segredo de justiça, ainda permanece incólume o princípio da publicidade, uma vez que não se trata do segredo nefasto dos atos ilegítimos, mas este segredo de justiça se justifica pelo interesse público, seja em causas em que o direito à intimidade sobrepõe-se ao interesse da comunidade em conhecer determinado processo, seja em casos em que o conhecimento público venha a atrapalhar o bom andamento do processo (é o caso regulado pelo artigo 5º inciso LX da Carta Constitucional vigente²²²). Arruda Alvim²²³ ensina que, além de este procedimento ser uma garantia para o povo de uma justiça justa, transparente, o é ainda mais para a magistratura que tem seus atos conhecidos por esse mesmo povo, e desta forma legitimados no exercício da jurisdição.

2.2.6. Princípio da motivação das decisões.

O princípio da motivação das decisões é aquele que, no ordenamento pátrio existe desde as Ordenações Filipinas²²⁴. Não obstante o fato de ter tido guarida no ordenamento nacional desde muito cedo de forma explícita,

²²² CF/88, art. 5º, LX – *A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.*

²²³ Cf. ARRUDA ALVIM, **Manual de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.99.

²²⁴ Cf. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.26. Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXVI, §7º: *E para as partes saberem se lhes convém apelar ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação e do agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar ou revogar.*

o princípio se extrai da própria noção de Estado de Direito. Essa motivação, que trata de oferecer as razões, de fato e de direito, que fundamentaram tal decisão, é de caráter substancial ou material, o que significa dizer que motivar uma decisão é decidir valorativamente.

A fundamentação da sentença, segundo Calamandrei, constitui uma garantia da justiça, pois nela o juiz demonstra o caminho racional e razoável percorrido para alcançar a decisão por fim prolatada. Nesta exposição dos motivos, dos fundamentos da sentença, o juiz fornece a prova do seu raciocínio que, se estiver equivocado, será facilmente observado por qualquer das partes.²²⁵

Fundamentar uma sentença é, então, demonstrar o raciocínio de maneira convincente e lógica. Por isso a fundamentação da sentença deve explicar o caminho percorrido que levou àquela sentença de forma clara e objetiva. Cabe neste momento ressaltar que a fundamentação não necessariamente precisa encontrar seus cânones no direito escrito, uma vez que a decisão baseada em juízos de valor não segue a lógica da subsunção, mas a da ponderação de valores. Ao se considerar as valorações judiciais enquanto direito vigente, então a decisão obedece à fundamentação da sentença com alicerce no Direito²²⁶. Evidente que

²²⁵ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes vistos por nós, os advogados**. Lisboa: Clássica, 1977, p. 143. A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o Juiz percorre para chegar à sua conclusão, pois se está errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o Magistrado se desorientou.

²²⁶ Cf. LARENZ, op. cit., p. 413. *Mas, abstraindo das incertezas que são sempre irredutíveis, é evidente, porém, que para um grande número, provavelmente para a maioria dos casos a julgar, o juiz é capaz de justificar cabalmente com fundamentos o juízo de valor que lhe é requerido. Se se considerar como "Direito vigente" também as valorações contidas nas decisões judiciais – desde que, por seu lado, estejam justificadas –, então uma solução foi encontrada pela via da comparação casuística e da coordenação a um tipo de caso é também uma resolução que está fundamentada com base no Direito. Não se deve exigir de uma*

uma decisão com fundamentação em juízos de valor terá que demonstrar a racionalidade e a proporcionalidade da decisão de forma mais elaborada, ou seja, a sabedoria do juiz na busca da justiça para o caso concreto que se lhe apresenta.

Desta forma, a motivação sucinta não invalida a sentença desde que ela contenha os elementos lógicos e valorativos que permitam ao magistrado demonstrar as razões de seu convencimento. O princípio da motivação das decisões, além disso, parece constituir verdadeira emanção do princípio da publicidade, pois deriva do direito à publicidade aquele que faz com que o cidadão tenha acesso aos motivos que levaram o magistrado a decidir em tal orientação e não em outra. Somente ao conhecer a decisão, através do princípio da publicidade, e conhecendo as razões, os embasamentos que dele derivaram, através do princípio da motivação das decisões, pode-se efetuar o juízo de uma decisão justa, da plenitude da prestação jurisdicional. Ora, parece que o princípio da publicidade sem o princípio da motivação das decisões pode até mesmo servir para a legitimação de um Estado arbitrário disfarçado de Estado de Direito.

Urge observar que o referido princípio acoberta toda espécie de decisão, seja decisão interlocutória, seja definitiva de mérito. Além disso, a exigência das decisões fundamentadas serve não somente às jurídicas como também às decisões administrativas. Seguindo esse raciocínio pode-se concluir que a decisão não motivada é nula de pleno direito, pois não obedece ao mandamento constitucional. Não obstante, aquela decisão deficientemente

fundamentação jurídica, pelo menos quando se trate de juízos de valor, o rigor lógico de um raciocínio matemático ou físico. "Fundamentar" quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente. Mesmo quando isto não seja plenamente alcançado, o juiz, que entenda corretamente a sua função, há-se esforçar-se nesse sentido com as suas melhores aptidões.

fundamentada, lacônica, equivale à decisão não fundamentada e, portanto, também nula de pleno direito. Cabe ressaltar que a decisão interlocutória necessita de motivação porque de fato possui um conteúdo decisório. Por outra via, os meros despachos, que são uma espécie de pronunciamento judicial onde o juiz não decide nenhuma questão incidental ou sequer extingue o processo, não podem causar qualquer gravame a qualquer das partes, não necessitam da fundamentação²²⁷.

2.2.7. O princípio da isonomia.

Um princípio fundamental que rege o patrocínio judiciário é o princípio da isonomia, traduzido em uma igualdade de oportunidades. Isonomia é uma palavra de origem grega que etimologicamente vem a significar *isos*, igual, e *nomos*, lei. Ou seja, igualdade perante a lei.

A igualdade de todos perante a lei foi instituída, originariamente, no ordenamento pátrio na Constituição de 1891, hoje regulado no artigo 5º, *caput* e inciso I da Carta Constitucional vigente na fórmula *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...*

Roberto Rosas ensina que existe a chamada igualdade perante a lei e a igualdade *na* lei. O primeiro caso trata da igualdade formal, o outro não admite

²²⁷ Cf. NOJIRI, S. op. Cit, p. 33-34.

que nem as normas jurídicas, nem o aplicador da lei proponham distinções que a Constituição não previu.²²⁸

O princípio da igualdade é um princípio constitucional geral, em que se costuma ressaltar dois aspectos: a igualdade substancial, real e efetiva e a igualdade formal traduzida pela fórmula: *todos são iguais perante a lei*. Assim, igualdade formal é aquela com que se preocupa o Direito.

Como bem ressalta Celso Ribeiro Bastos, não se trata de isonomia perante o Direito, mas em relação aos bens da vida.²²⁹ Assim, as distinções devem ser sempre analisadas à luz da teleologia. Desta forma, quando uma distinção for feita para favorecer uma das partes em detrimento da outra, será inaceitável. Por conseguinte, se essas mesmas distinções servirem para igualizá-las no processo, estarão plenamente justificadas pelo fato de terem servido o direito como redutor ou até mesmo extirpador dessas diferenças.

Há que referir que o princípio da igualdade formal²³⁰, consagrado pela Constituição de 1988, obriga tanto o legislador ordinário quanto o aplicador da lei. Ele constitui *um postulado fundamental de justiça*²³¹: o tratamento de casos iguais deve ser feito de maneira igual.

Mas o tratamento isonômico no processo civil, no primeiro sentido do princípio da isonomia, significa o igual tratamento conferido pelo juiz aos litigantes. Desta forma, a isonomia se atinge tratando os iguais igualmente e os

²²⁸ Cf. ROSAS, R. op. cit., p. 70 e p. 157.

²²⁹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, v.2, São Paulo: Saraiva, p. 05.

²³⁰ BASTOS refere que a igualdade material é desconhecida das constituições ocidentais, que contém apenas o princípio da igualdade formal.

²³¹ LARENZ, op. cit., p. 411.

desiguais desigualmente, na medida das suas desigualdades. O tratamento desigual busca igualar as partes no processo. A grande controvérsia em se tratar iguais igualmente e desiguais desigualmente, na medida das suas desigualdades, reside justamente em determinar, no caso concreto, as desigualdades, a fim de tornar possível igualizá-las.

Essa busca pela isonomia é que faz com que, na relação trabalhista e na relação consumerista do direito brasileiro, inverta-se o ônus da prova em favor da parte mais fraca, equiparando assim as partes dentro do processo. A referida inversão do ônus da prova nestas espécies de demandas não se configura um privilégio, mas antes uma tentativa de minorar as desigualdades entre as partes dentro do processo, pois a isonomia, a igualdade de que se trata aqui, é a igualdade substancial, e não somente a igualdade formal, posto que uma igualdade meramente formal, neste caso, geraria a desigualdade substancial, material ou real.

A idéia de um Estado de Direito em que impere a lei, *incorpora a idéia de igualdade e repele a idéia de privilégios*²³². Isto porque privilégio é toda espécie de preceito que estabeleça uma norma para uma determinada situação específica, seja para beneficiar, seja para prejudicar, contrariando, assim, a imperiosidade de os atos normativos serem genéricos²³³.

²³² Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 125.

²³³ Idem, *ibidem*.

Existe alguma controvérsia na doutrina acerca do Artigo 188 do Código de Processo Civil²³⁴. Quando ele estipula prazo maior para a Fazenda Pública ou Ministério Público contestar ou recorrer, outorga privilégio ou prerrogativa. Grande parte da doutrina entende que não se verifica desigualdade processual ou privilégio, uma vez que o interesse público é valor fundante da prerrogativa mencionada, face à impossibilidade desses titulares da defesa de interesse público, produzirem defesa em juízo ou recorrerem no prazo normal concedido pela lei, especialmente nos casos onde ocorre o litisconsórcio²³⁵. Por outro lado, quando o litigante individual litiga contra a Fazenda Pública, realmente percebe-se uma enorme desigualdade de armas, colocando o litigante individual em uma grande desvantagem processual, razão pela qual essa prerrogativa deve ser moderada, não devendo ultrapassar os limites do interesse público. Os entendimentos de Tucci²³⁶ e Rosas, entre outros, radicam na inconstitucionalidade do referido artigo.

Na tocante à defesa do interesse do litigante hipossuficiente, o defensor público também recebeu tratamento diferenciado, quando a Lei nº 7.871/89, concedeu o benefício do prazo em dobro para a prática dos atos processuais e a intimação pessoal do defensor em todos os atos processuais, embora posteriormente o Superior Tribunal de Justiça tenha entendido que este prazo em dobro não se aplica para os recursos especial e extraordinário, entende-se isonômico em virtude do interesse relevante que o defensor público defende,

²³⁴ BRASIL. Código de Processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996. (legislação brasileira) Art. 188. *Computar-se á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.*

²³⁵ Cf. NERY JR., N. op. cit., p. 44.

²³⁶ Cf. TUCCI, R. op. Cit., p. 44-59. ROSAS, R. op. cit., p. 23.

qual seja, o do cidadão hipossuficiente que não pode arcar com os altos custos de um processo judicial.

Por outro lado, subsistem alguns dispositivos legais e entendimentos doutrinários que são uma verdadeira afronta ao princípio aludido. Entre eles, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não caber condenação de honorários advocatícios em ação de mandado de segurança. Flagrante desrespeito ao princípio da isonomia, pois o Poder Público que é responsável pelos atos de seu servidor, fere direito líquido e certo da parte, que se vê obrigada a litigar em juízo arcando com as despesas de seu advogado para ver a situação revertida conforme o bom direito. Mais uma vez perde o cidadão em detrimento dos desmandos e ilegalidades do Poder Público, pois este como responsável que é por seus servidores poderia ressarcir o patrimônio público em ação regressiva.

Já a desigualdade nas ações de mandado de segurança é injustificável, uma vez que nas demais ações de defesa jurisdicional dos direitos fundamentais, ou não é exigível a capacidade postulatória, como o caso do *habeas corpus*, ou quando é exigível a capacidade postulatória, como a ação popular e o *habeas data*, o autor fica isento de pagamento dos honorários advocatícios, à exceção de comprovada litigância de má-fé no caso da ação popular. Parece que o entendimento equivocado no tocante às ações de mandado de segurança frustra o intento do cidadão em pleitear em juízo a defesa do seu direito, em outras palavras inviabiliza o acesso à justiça preconizado pelo direito brasileiro.

CAPÍTULO III

DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONCEITO DE JUSTIÇA

3.1. Direitos fundamentais.

3.1.1. Breve caracterização.

Aventar o princípio da proporcionalidade e a colisão dos direitos fundamentais implica em trazer à discussão a temática dos direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente protegidos.

Os direitos fundamentais constituem *posições jurídicas subjetivas das pessoas*²³⁷, consideradas individualmente ou institucionalmente, posições estas radicadas em um corpo jurídico-político; possuem, reconhecidamente, a natureza de direitos históricos. Desta afirmação decorre sua variabilidade, pois evoluem no tempo, transmutam-se. Outrossim, direitos fundamentais são os que foram positivados através de uma Constituição, e desta positividade constitucional advém sua fundamentalidade (pois nascem e se desenvolvem com a constituição, que posteriormente vem a assegurá-los²³⁸). No mesmo sentido pronuncia-se Muller²³⁹, ao afirmar que os direitos humanos não constituem valores, mas

²³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994, Tomo IV, p. 07.

²³⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 35.

²³⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem*. Trad. Peter Naumann. In: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 539.

verdadeiras normas que carregam em seu conteúdo os postulados de valor de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Apesar disso, Smend²⁴⁰ afirma que a função dos direitos fundamentais é a de representar o sistema de valores, dentro de uma realidade social e estatal que busca realizar a integração do ser humano e que está inserido dentro de uma constituição.

Alexy reporta que a positivação dos direitos fundamentais em uma constituição significa uma abertura do sistema jurídico face ao sistema da moral, mas esta abertura não é desarrazoada e pode ser implementada através de meios racionais²⁴¹. Decorrente do fato de a norma de direito fundamental estar assente no ápice do sistema normativo constitucional, advém o reconhecimento de que o Estado assim entendido aponta para a emancipação do homem. Por conseguinte, também Canaris reporta-se a valores fundamentais que servem de sustentáculo ao sistema jusfundamental, embora ele recuse o caráter de norma aos princípios, ao que confere apenas o caráter de valor.

Ademais, verifica-se que os direitos fundamentais são direitos relativos, relatividade oriunda de sua limitação. Assim, vale dizer que cada direito fundamental encontra seu limite onde termina seu alcance material²⁴². Da mesma forma, não se poderia considerar os direitos fundamentais como direitos absolutos, pois se assim fosse uns excluiriam os outros, e não poderiam sobreviver dentro de um sistema jurídico, já que os direitos fundamentais possuem uma natureza principal, razão pela qual são chamados de direitos relativos, porquanto

²⁴⁰ Cf. SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1985, p. 232.

²⁴¹ Cf. ALEXY, R. *op. cit.*, p. 25.

²⁴² Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 250.

sua coexistência harmoniosa decorre da unidade da constituição (pelo menos *prima facie*).

Cumprir aludir à dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais, que para Hesse significa a aceitação de uma dimensão subjetiva individual, radicada na realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo que uma dimensão objetiva apregoa os valores da comunidade política. A dimensão objetiva, segundo Vieira de Andrade²⁴³, também relativiza a subjetiva e busca harmonizar os interesses da comunidade. Nesta dimensão figuram os princípios da isonomia e da proporcionalidade enquanto *engrenagens do mecanismo político-constitucional*²⁴⁴ na harmonização dos interesses.²⁴⁵ Algumas dessas teorias são eminentemente materiais, outras formais, e ainda cumprir citar as analíticas. Em todas se observa a busca por uma teoria que possa constituir-se em teoria universal.

As teorias materiais têm como pressuposto argumentos do tipo transcendental, que valeriam sempre. Delas seria possível extrair concepções de justiça eternas e imutáveis. As teorias formais, ao contrário, entendem a relatividade dos direitos fundamentais como a única alternativa para a racionalidade possível de uma teoria que versasse sobre os direitos fundamentais, uma vez que em relação aos valores expressos por esses direitos ficam determinadas uma cultura e uma época. Atualmente a teoria analítica é aquela que

²⁴³ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 1987, p. 161.

²⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.65.

²⁴⁵ A explanação das diversas teorias de direitos fundamentais não cabe nos limites desta dissertação, pois tal trabalho converter-se-ia em tema central, razão pela qual limitar-se-á a uma breve remissão a elas.

goza a maior aceitação, por tratar da questão da linguagem e dos diversos significados e significantes que lhe são inerentes. Assim sendo, a teoria analítica prescinde da argumentação jusfundamental.

Alexy estuda os direitos fundamentais partindo da ótica da dogmática jurídica, à qual confere três dimensões: analítica, empírica e normativa. Assim, adota uma outra opção, a teoria estruturalista, que contém o aspecto empírico analítico ao utilizar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (ou seja, analisa o fenômeno a partir da realidade jurisprudencial), e o aspecto normativo analítico (posto que toda decisão deverá ser guiada pela decisão correta do ponto de vista do direito fundamental), e ainda a fundamentação racional²⁴⁶. Assim, a teoria estrutural de Alexy radica em uma jusfundamentação correta para adquirir validade, razão pela qual optar-se-á pelo estudo desta espécie teórica dos direitos fundamentais²⁴⁷.

Para a teoria estrutural, os direitos fundamentais constituem normas jurídicas. No entanto eles não estão completamente descritos no texto da norma jusfundamental. Chega-se a ela através da hermenêutica e da interpretação. Esta teoria está centrada na dos princípios, exposta no capítulo primeiro desta dissertação bem como na teoria das posições.²⁴⁸ A teoria das posições, proposta por Alexy, estabelece uma divisão dos direitos fundamentais em três categorias. A primeira delas é constituída pelos chamados direitos a algo. Este tipo pressupõe

²⁴⁶ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 39.

²⁴⁷ Para um aprofundamento acerca das demais teorias de direitos fundamentais, ver: ALEXY, op. cit.; BONAVIDES, P. op. cit.; PEREZ LUÑO, A. op. cit., dentre outros.

²⁴⁸ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 187 e ss. A teoria das posições na verdade trata-se de uma teoria criada por Alexy para diferenciar os chamados direitos subjetivos: direitos a algo (direito a prestações), liberdades e competências.

uma relação triádica entre um titular do direito, um destinatário do direito ou titular do dever e o próprio bem ou objeto do direito. Este direito a algo possui uma faceta positiva e outra negativa. O enfoque negativo trata dos direitos de defesa, que vinculam o Estado a uma prestação na forma de omissão na esfera do indivíduo. Assim, o Estado se obriga a não obstaculizar as ações do titular, a não interferir, e a não destruir posições jurídicas. A faceta positiva constitui-se de ações que o Estado está obrigado a executar, tanto em uma via fática (a ação por si mesma), como legislativa (obrigatoriedade de criar norma que garanta a fruição de algum direito). Esta faceta constitui os direitos a ações positivas do Estado, direitos de proteção, de organização e procedimento, e ainda os direitos de prestação em sentido estrito, que se consubstanciam nos direitos fundamentais sociais.

A segunda categoria das posições alberga as liberdades. A liberdade jurídica trata da omissão do Estado face às liberdades que podem ser protegidas ou não protegidas através de uma norma.

Na terceira categoria situam-se as competências. Trata-se de normas que outorguem uma alteração à ação do indivíduo, não se constituem em sinônimas das permissões, pois sua negação equivale a proibir. Na competência, sua negação é a incompetência de agir. *As normas de competência criam a possibilidade de atos jurídicos e com eles a capacidade de modificar as posições através dos atos jurídicos.*²⁴⁹

²⁴⁹ ALEXY, R. op. cit., p. 232.

Na abordagem que se faz dos direitos fundamentais, além da questão dos direitos subjetivos, ou conforme Alexy, a teoria das posições, aponta-se alguns princípios de interpretação constitucional, dentre os quais, os considerados mais importantes são: o princípio da unidade da Constituição (segundo o qual não existe hierarquia entre as normas constitucionais, pois todas se relacionam de forma a evitar a contradição, assim têm o *mesmo valor*²⁵⁰ e igual importância razão pela qual também este princípio exige um *trabalho de otimização*²⁵¹ dos direitos e bens jusfundamentais colidentes); o princípio da concordância prática (que determina que nenhum bem constitucionalmente protegido deve ser totalmente sacrificado na ponderação de bens²⁵² e exige, portanto, o princípio da proporcionalidade para harmonizar os direitos em colisão); o da força normativa da Constituição (que garante que a constituição atualize-se²⁵³ para sua sobrevivência); o princípio da efetividade (segundo o qual a Constituição deve surtir seus efeitos no mundo real, que na preleção de Barroso significa a realização do direito, *a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*²⁵⁴); e ainda o princípio da interpretação conforme a Constituição (que trata especificamente do controle de

²⁵⁰ CANOTILHO, J. op. cit. p. 269.

²⁵¹ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. De Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.46.

²⁵² Cf. HESSE, K. op. cit., p. 45-46.

²⁵³ Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 96.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.220.

constitucionalidade das normas²⁵⁵, que reza que todas as normas dentro do ordenamento jurídico, devem estar subordinadas ao sentido constitucional). Muitas vezes estes princípios conseguirão afastar a colisão de direitos, noutras será imprescindível o emprego da ponderação de bens ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Outrossim, ao se admitir o princípio da unidade da Constituição e o da concordância prática, importa referir o princípio integrador, fruto da teoria da integração de Smend²⁵⁶, segundo a qual a interpretação da Constituição deve tender a reforçar sua unidade política.

Vale advertir que se entende que norma e texto da norma não representam a mesma coisa²⁵⁷. Ainda se reconhece às normas de direitos fundamentais um duplice caráter: elas podem se constituir em regras e princípios. Mas um modelo puro de princípios ou puro de regras não serve para a estrutura constitucional. Isto porque, segundo Alexy²⁵⁸, um modelo puro de princípios faria com que a vinculação jurídica, a rigidez constitucional sucumbisse face à

²⁵⁵ Dentre os autores nacionais há que salientar a obra de MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁵⁶ Cf. SMEND, R. op. cit., p. 78 e ss. *Lo característico de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos son generalmente procesos que producen, atualizan, renuevan o desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo.*

²⁵⁷ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 69. *Colhendo subsídios fornecidos por outras ciências como a hermenêutica ou ciências ocupadas com a estrutura da linguagem, a ciência do direito vem revelando importantes aspectos da estrutura das normas jurídicas. Inicialmente cabe mencionar a distinção entre texto e norma ou disposição e norma, que muitas vezes são utilizados como termos sinônimos quando na realidade não são idênticos: a norma é o resultado de uma interpretação, ou seja, é o significado de um texto ou disposição de norma.*

²⁵⁸ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 115-117. *El modelo puro de principios deja de lado las regulaciones diferenciadas de las restricciones de la Ley Fundamental. (...) Puede objetarse que el modelo puro de principios, al no tomar en serio estas regulaciones, viola el texto de la Constitución. Sustituye vinculación por ponderación u, de esta manera deja de lado el carácter de la Ley Fundamental como una “Constitución rígida” que aspira a la “claridad y univocidad normativas”.*

ponderação, e assim deixaria de conferir à Constituição o respeito que lhe é devido. De outra sorte, um modelo de regras, a par da evidente segurança jurídica que um modelo deste outorga ao sistema jurídico, também não confere respostas coerentes ao fenômeno da complexidade dos direitos fundamentais, pois essa complexidade acarreta a averiguação das circunstâncias fáticas e jurídicas, o que, em um sistema de regras seria impraticável por não conjugar a ponderação²⁵⁹, uma vez que as regras, cabe lembrar, funcionam no âmbito da validade, à maneira do tudo ou nada. Por conseguinte, essas condições implicam em admitir que um sistema exclusivo de regras ou exclusivo de princípios não se coaduna com a especificidade das normas jusfundamentais que prescindem de um modelo combinado de regras e princípios. Além disso, uma norma-princípio de direito fundamental pode e deve conter uma regra que lhe confira a concreção necessária.

Os direitos fundamentais têm, portanto, a qualidade de verdadeiros princípios, uma vez que ordenam sua realização na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas²⁶⁰, traduzem os próprios valores sociais, exigindo, assim, a ponderação. Ainda dos princípios jusfundamentais não expressos pode-se extrair a argumentação correta que remete a uma regra jusfundamental já existente para regular o caso em questão.

Ao se estabelecer que os direitos fundamentais constituem normas que trazem consigo valores fundamentais, que possuem o caráter principal por estarem em uma posição constitucional superior, e considerando que o sistema

²⁵⁹ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 118-129.

²⁶⁰ Possibilidades fáticas são aquelas que se referem à necessidade e adequação da norma face o caso concreto, já as possibilidades jurídicas pertine aos limites e ao âmbito de aplicação da norma que se deflui da conjugação dela com as demais normas.

jurídico trata de um todo coerente, pode-se afirmar que toda aplicação normativa deve radicar em uma unidade de sentido orientada pela prevalência e respeito aos direitos fundamentais. Assim, a questão da interpretação sistemática²⁶¹ remete à interpretação conforme a Constituição e aos direitos fundamentais, quando, então, constitui-se em interpretação material, apesar do que requerem procedimentos formais para viabilizar a racionalidade das decisões. Além disso, cumpre salientar que a doutrina comumente aceita a tese de que os direitos fundamentais constituem em si mesmos *pautas carecidas de preenchimento*²⁶², seja pela sua abertura semântica, seja pela regulação incompleta ou insuficiente. Habermas²⁶³ afirma que a conceitualização dos direitos fundamentais sofreu uma mudança radicada especialmente na jurisprudência constitucional, *uma mudança nos princípios de uma ordem jurídica que garantem a liberdade e a legalidade da intervenção, que sustentam os direitos de defesa e transportam inexplicavelmente o conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, enérgicas e formadoras de estruturas*. E que essas mudanças desembocam em conceitos de direito constitucional a exemplo do *princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos através dos direitos fundamentais através de organização e procedimentos, etc.* Entre estes conceitos, o que irá orientar esta investigação é o princípio da proporcionalidade.

²⁶¹ Ver: FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

²⁶² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 514.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308.

3.1.2. Restrição e conformação de direitos fundamentais.

É importante frisar que a colisão entre direitos fundamentais e/ou bens constitucionais juridicamente protegidos pode ocorrer tanto no âmbito legislativo infraconstitucional quanto no âmbito judicial.

No âmbito legislativo opera-se através de restrição (ou limitação), e configuração (ou conformação). A restrição realiza-se através de normas legais que limitam ou restringem posições *prima facie* de proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado as normas conformadoras são aquelas que definem, em uma relação de complementação, o conteúdo dos direitos fundamentais²⁶⁴.

No tocante às normas restritivas de direitos verificam-se dois aspectos: os limites internos, ou restrições diretamente constitucionais segundo Alexy, que nega o caráter de limite interno, aqueles limites impostos pelo próprio legislador constituinte. Para Alexy a norma aqui significa uma regra que transmuta um direito *prima facie* em um *não-direito definitivo*²⁶⁵. O outro aspecto diz respeito aos limites externo. Trata-se de restrições indiretamente constitucionais, limites ou restrições impostas pelo legislador ordinário, previamente autorizadas pelo legislador constitucional. Estas constituem reserva de lei em matéria jusfundamental, portanto norma de competência, uma vez que determinam desde logo a competência pessoal, procedimental e material²⁶⁶. Ainda

²⁶⁴ Cf. CANOTILHO, J. op. cit. p. 1131.

²⁶⁵ Cf. ALEXY, R. op. cit. p. 277-279.

²⁶⁶ Cf. STEINMETZ, W. op. cit., p. 32. Para as espécies de reserva de lei, ver p. 33-37.

segundo Alexy²⁶⁷, essas reservas de lei não constituem restrições, mas a própria fundamentação das mesmas.

Ressalte-se que toda e qualquer restrição somente se justifica pela necessidade de preservar a unidade da Constituição e harmonizar os direitos e bens constitucionalmente protegidos²⁶⁸. Não obstante, os direitos fundamentais servem como limites à atuação do legislador ordinário, ao qual cumpre apenas explicitar e interpretar o conteúdo jusfundamental²⁶⁹, não lhe sendo lícito criar, ampliar ou reduzir o teor do direito fundamental numa posição *prima facie*. Alexy alerta que restringíveis são somente os bens protegidos pela norma jusfundamental e as posições *prima facie* concedidas pelos princípios de direitos fundamentais. Assim, a restrição constitui-se em norma que restringe os direitos fundamentais a partir de uma posição *prima facie*.²⁷⁰

Diferentemente da restrição de direito fundamental, a conformação não necessita de prévia autorização constitucional, uma vez que ela deriva diretamente da estrutura de repartição de competências determinada pela própria Constituição.²⁷¹ Urge, ainda, ressaltar a teoria dos limites imanentes²⁷². Numa certa acepção ela visa justificar as restrições de direitos fundamentais que não

²⁶⁷ Cf. ALEXY, R. op. cit. p. 272-273.

²⁶⁸ Cf. STEINMETZ, W. op. cit., p. 88.

²⁶⁹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 226.

²⁷⁰ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 272.

²⁷¹ Cf. ANDRADE, J. op. cit. p., 226.

²⁷² Cf. GUERRA FILHO, W. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 68. *A doutrina da limitação imane da restrição de direitos fundamentais, pelo respeito à dignidade humana é de origem alemã, remetendo ao imperativo categórico da ética kantiana, com sua determinação de que a boa conduta seja aquela universalizável, donde decorre, entre outras, a proibição de que, nas relações humanas, os sujeitos sejam tratados como objetos, como meios para a consecução de certos fins, sejam eles quais forem. (...) Entre nós, já antes de vigorar a atual Constituição do País, já se defendia que “o núcleo dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”.*

tenham uma reserva de lei. Considera-se, então, estes limites como implícitos no sistema constitucional devido a sua unidade e da possível tensão *in concreto* dos direitos e bens constitucionais. Para Müller²⁷³, esses limites constituem-se em aspectos do próprio conteúdo material do direito. Outra posição entende os limites imanes não como parte do conteúdo do direito, mas como limites dos mesmos. Mormente as divergências doutrinárias, a tese da existência dos limites imanes é amplamente aceita, contrariamente ao que se constata na fundamentação dos mesmos.²⁷⁴ Alexy²⁷⁵ esclarece que os limites imanes são resultado da ponderação de bens ou de direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais sem reserva de lei não são passíveis de restrição apenas em uma ótica *prima facie*. Pois de fato a restrição pode ocorrer quando dois direitos ou bens constitucionalmente protegidos colidem. Além disso, ilustra que a ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade é uma restrição, e nunca de uma configuração de direito²⁷⁶, pois a configuração não se refere a normas do tipo mandamentos e proibições, mas normas de competência²⁷⁷.

A Constituição brasileira de 1988 não prevê a reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais, porém o ensinamento de Mendes²⁷⁸ admite a possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem reserva de lei pelo

²⁷³ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 43.

²⁷⁴ A discussão acerca das divergências acerca da justificação doutrinária dos limites imanes, entre outras, cláusula da comunidade, da medida, abuso de direito, ou mesmo a ponderação de bens, não é objeto central deste trabalho, por isso remete-se a obra de Juan Carlos Gavara de Cara, constante da bibliografia.

²⁷⁵ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 119-124.

²⁷⁶ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 328.

²⁷⁷ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 324.

²⁷⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, IBDC, 1998, p. 86-87.

legislador ordinário, decorrente dos limites imanes. Contudo, cabe alertar, como fez Steinmetz²⁷⁹, que a teoria dos limites imanes serve à restrição legislativa, todavia a restrição na esfera judicial, no caso concreto, faz-se por meio do princípio da proporcionalidade. Desta forma, os limites imanes convêm apenas à restrição legislativa de direitos sem cláusula de reserva de lei, mas não à restrição *in concreto*.

3.1.3. Colisão de direitos fundamentais

A colisão propriamente dita, a colisão *in concreto* de direitos fundamentais, é sempre uma colisão entre casos difíceis, aos quais não se pode determinar, em princípio, qual o bem ou direito deverá prevalecer na relação. Essa resposta, a solução da colisão, dar-se-á na esfera do Judiciário.

Dantas²⁸⁰ observa que, no devido processo legal existe um *processo técnico de sujeição material da lei aos princípios superiores do direito*. Esses princípios superiores do Direito consistem em princípios de Direito justo, de justiça material. Essa idéia de Direito e de justiça radicam em um reconhecimento de que os indivíduos têm direito *a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade*.²⁸¹ Desta forma, o princípio da proporcionalidade²⁸² consolida-se em uma idéia de racionalização do devido processo legal substantivo, ou seja, do

²⁷⁹ Cf. STEINMETZ, W. op. cit. p. 61.

²⁸⁰ DANTAS, F.C.de San Tiago. Igualdade perante a lei e o “due process of law”, in **Problemas de direito positivo (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 53.

²⁸¹ Cf. HART, H. op. cit. p. 173.

²⁸² Urge ressaltar que princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina alemã e princípio da razoabilidade do direito norte-americano, são comumente tratados como princípios semelhantes por uma relação de fungibilidade tanto no Brasil como na Europa continental. Neste sentido ver: BARROSO, L. op. cit., p. 204.

sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos colidentes com outros princípios de direito fundamental.

Alexy esclarece que tanto princípios quanto regras podem limitar direitos fundamentais. No entanto, as regras que os restringem encontram-se no corpo constitucional, ou ao menos existe uma remissão à possibilidade de sua restrição infraconstitucional²⁸³, e a partir da sua criação elas funcionariam *prima facie*. Por outro lado, os princípios na restrição a direitos fundamentais não funcionam à maneira *prima facie*²⁸⁴ tradicional. Pelo contrário, pois estes últimos são os que possuem o caráter *prima facie* em virtude da característica principal dos direitos fundamentais, o que faz com que necessitem, portanto, da ponderação entre o princípio de direito fundamental e o princípio constitucional que com aquele colida. Da mesma forma, os princípios de direito fundamental não podem ter seu núcleo essencial atingido em virtude dos limites imanentes oriundos da unidade da Constituição²⁸⁵. Esses limites imanentes carecem de determinação pela interpretação do caso concreto.

Ressalte-se que Alexy admite uma certa prevalência dos direitos de liberdade e igualdade em relação aos demais direitos fundamentais, pois que eles têm uma carga argumentativa no sentido de maior realização possível²⁸⁶. Mas trata-se, aqui, de uma prevalência apenas *prima facie*, o que não vale para o caso concreto.

²⁸³ Trata-se da teoria das restrições estabelecidas pela reserva legal jusfundamental.

²⁸⁴ Cf. ALEXY, R. Op. cit., p. 272.

²⁸⁵ Cf. STUMM, R. op. cit. p. 143.

²⁸⁶ Cf. ALEXY, r. op. cit., p. 552.

*Princípios, a diferença das regras, se apresentam, em determinadas situações de conflito entre si, como sendo uns mais importantes que os outros, por terem essa “dimensão de peso (relativo)” devido à qual faz sentido se perguntar, nessas situações, qual princípio tem mais peso, é mais importante, para que possa prevalecer.*²⁸⁷

Desta forma, é o princípio da proporcionalidade que permite fazer o sopesamento entre princípios e direitos fundamentais, razão pela qual foi também chamado de *mandamento da proibição de excesso*²⁸⁸, perpetrando uma relação entre meio e fim.

3.2. O princípio da proporcionalidade.

Embora seja utilizada a terminologia princípio da proporcionalidade, urge salientar que, na verdade, não se trata de um princípio em si mesmo, mas de um método de interpretação da constituição que tem como objetivo primeiro buscar um grau de efetividade constitucional ótima, usando como pressuposto básico do sistema a realização dos valores constitucionais.

Alexy²⁸⁹ lembra que valor e princípio não são a mesma coisa, porém têm a mesma natureza estrutural. Os dois têm uma posição *prima facie*. Diferem no fato de que o princípio é uma norma, tem caráter deontológico, de conduta de dever-ser, já o valor radica na questão do que é melhor, do que é bom, por isso funciona axiologicamente. Por esta razão a teoria dos princípios é

²⁸⁷ Cf. DWORKIN, R. op. cit., p.26-27.

²⁸⁸ Cf. ALEXY, R., op. cit.

²⁸⁹ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 147.

fundamental à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, até chegar ao princípio da proporcionalidade enquanto método de resolução das colisões entre direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, o estudo do princípio da proporcionalidade apresenta como ponto de partida o reconhecimento de que os direitos fundamentais estão no ápice da hierarquia jurídico-constitucional. Desta forma sua restrição somente pode acontecer através de norma constitucional ou norma infraconstitucional, quando o próprio texto constitucional tenha autorizado a restrição através dela²⁹⁰, ou através da ponderação de bens. Entenda, aqui, ponderação de bens como resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, e em especial em sentido estrito: a ponderação de bens orienta-se pela proporcionalidade.

3.2.1. Origem e pressupostos.

O princípio da proporcionalidade tem origem nas primeiras manifestações pelos direitos de liberdade do súdito face ao poder real, como limitador do poder estatal nos séculos XVIII²⁹¹ e XIX²⁹². À época já estava firmado o conceito de poder de polícia. O súdito que requer, exige o seu direito de liberdade respeitado, inclusive pelo monarca, é nobre ou ainda burguês, pois aqui é o direito de propriedade que lhe outorgará outros direitos.

²⁹⁰ Cf. STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 137.

²⁹¹ Cf. STUMM, R. op. cit., p. 78.

²⁹² Cf. PENALVA, Ernesto Pedra. **Constitución, jurisdicción y proceso**. Madrid: Akal, 1990, p. 277.

Ainda no final do século XVIII, o mundo assistiu às grandes conquistas das liberdades, em especial a Independência dos Estados Unidos da América e a Grande Revolução Francesa. A França, em virtude de um racionalismo extremo que orientou toda a Revolução e à tradição romano-germânica de uma normatização escrita, chega à implantação de um regime de legalidade absoluta, baseada na idéia de que a lei criada legitimamente pelo Parlamento imbuído dessa atividade deveria ser obedecida a qualquer custo, mesmo que injusta, pois o princípio relevante era o *da segurança jurídica e a estabilidade das instituições públicas*²⁹³. Essa legalidade foi expressa na Constituição Francesa de 1791 no seu artigo 3º, *não há na França autoridade superior à lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência*. Assim estava firmada a prevalência da lei e do Parlamento enquanto órgão legítimo de criação legislativa.

Ao lado do extremado culto à legalidade da época, verificou-se a formação de uma jurisdição administrativa, na França, devido à grande desconfiança que o povo francês tinha da figura dos juizes, pessoas extremamente vinculadas ao poder. A essa jurisdição administrativa incumbe até hoje a averiguação dos atos do poder público, inclusive com a perquirição da própria proporcionalidade nos atos discricionários. O controle dos atos administrativos na França foi aceito em diversos países da Europa, em especial a Alemanha, com fulcro na contenção do poder de polícia para a proteção dos direitos fundamentais,

²⁹³ BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 39.

desenvolvida pela doutrina e jurisprudência a partir da Lei Fundamental Alemã. A partir daí, toda restrição de direito fundamental deve respeitar três aspectos: a necessidade da medida, a adequação e sua proporcionalidade.

Também na Itália verificava-se a necessidade de controle dos atos discricionários, especialmente no tocante às leis arbitrárias, conforme noticia Suzana Barros, o que foi regulado após a Constituição Italiana de 1948 e a lei nº 87 de 1953. O mesmo acontece nos direitos espanhol e português, apesar de estes dois últimos Estados terem passado por regimes autoritários, violadores dos direitos fundamentais. No caso português, a Constituição de 1976 no seu artigo 18 prescreve: (...) *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos.*

Em outro sentido, mas não com menor importância ou força, os Estados Unidos, por terem seu germe normativo no sistema da *common law* herdado da Inglaterra, muito mais voltado para a apreciação do juiz e o respeito ao princípio do devido processo legal, desenvolvem o chamado princípio da razoabilidade. Apesar de algumas distinções entre princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade, eles se aproximam enquanto método de ponderação de bens.

Ávila²⁹⁴, por seu turno, esclarece que a razoabilidade, diferentemente da proporcionalidade, não pressupõe uma relação entre meio e

²⁹⁴ ÁVILA, H. op. cit., p. 173.

fim, mas *trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual*. Desta forma a análise radica na intensidade da medida restritiva em relação à pessoa que sofre a restrição. Cabe ressaltar que a razoabilidade tem a ver com o conteúdo do direito no sentido de verificar o que é aceitável. Já a proporcionalidade identifica-se com a forma enquanto princípio atinente à solução de colisão de direitos fundamentais.

Nota-se que o princípio da proporcionalidade, em sua fase inicial, trata da proporcionalidade no campo administrativo²⁹⁵ e penal. Lembra Stumm²⁹⁶ que ele já tinha sido apregoado tanto por Montesquieu quanto por Beccaria. Todavia, apesar da sua precoce utilização nestes ramos do direito, somente no século XX a proporcionalidade logrou êxito de reconhecimento na seara constitucional, através da sua instrumentalização pelo Tribunal Constitucional Alemão, conforme relata Paulo Bonavides ao salientar que se verifica a definição desse princípio na decisão de 16 de março de 1971 daquele Tribunal, *in verbis*:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro

²⁹⁵ Cf. GUERRA FILHO, W. **Ensaio de direito constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989, p. 71, assim se pronuncia acerca da idéia de proporcionalidade: *uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são subrogados, (SIC) confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis*.

²⁹⁶ Cf. STUMM, R. *op. cit.* p. 78.

*meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.*²⁹⁷

Assim, o meio é adequado se atinge a finalidade desejada, é necessário se não existe outro que cause um mal menor, e proporcional em sentido estrito se a realização daquele fim procurou limitar ou sacrificar o menos possível o outro bem ou direito fundamental em colisão.

Gilmar Ferreira Mendes faz ver que o princípio da proporcionalidade no direito alemão trata-se de norma constitucional não-escrita, derivada diretamente do princípio do Estado de Direito.²⁹⁸ Na verdade, o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso nas Constituições dos Estados democráticos de Direito, à exceção da Constituição portuguesa, o que não significa que não esteja implícito²⁹⁹.

Resta mencionar que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo³⁰⁰, alerta Stumm, decorre para alguns autores do próprio princípio do Estado de Direito. Para outros adviria do conteúdo dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade humana ou ainda do princípio do devido processo legal.

Enquanto princípio derivado do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade permeia toda a atividade estatal, seja legislativa, executiva ou judiciária radicando, assim, na idéia de exercício moderado do poder.

²⁹⁷ BONAVIDES, P. op. cit., p. 330.

²⁹⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.

²⁹⁹ Cf. HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. De Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 22.

³⁰⁰ Cf. STUMM, R. op. cit. p. 78. *Übermassverbot*.

Se a derivação do princípio da proporcionalidade estiver justificada nos direitos fundamentais, significa, então, que se entendem esses direitos como fundantes de todo o sistema jurídico, e vinculantes de toda a atuação do Poder Público. Derivar o princípio da proporcionalidade do princípio da dignidade humana infere considerar os direitos fundamentais como decorrentes deste³⁰¹. Por outro lado, Sarlet³⁰² afirma que derivar o princípio da proporcionalidade, assim como os demais direitos fundamentais do princípio da dignidade humana seria um esforço argumentativo do qual resultaria uma justificação de qualquer situação estranha ao catálogo de direitos através da dignidade humana.

Caso compreenda-se o princípio da proporcionalidade como decorrente do princípio do devido processo legal, então, urge recordar a idéia de justiça e razoabilidade que o princípio do devido processo legal material traz em si, fique claro, também, que o princípio do devido processo legal tornou-se um princípio expresso no ordenamento brasileiro. Não é demais trazer à tona a remissão de Bonavides no sentido de que o princípio da proporcionalidade é

³⁰¹ Cf. FARIAS, E. op. cit., p. 66. *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17).*

³⁰² Cf. SARLET, I. op. cit., p. 107, ss. *Não é difícil, portanto, perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana. Não é, contudo, neste sentido que este princípio fundamental deve ser considerado na condição de elemento integrante da matéria dos direitos fundamentais, pois, se assim fosse (convém ressaltá-lo), toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia, seguindo a mesma linha de raciocínio ser guindada (em face de suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), à condição de materialmente fundamental.*

implícito, embora positivado enquanto princípio geral de direito no ordenamento jurídico brasileiro.³⁰³

3.2.2. A construção de Alexy e a crítica de Habermas.

Robert Alexy opera com a questão do princípio da proporcionalidade a partir do estudo dos direitos fundamentais e da colisão entre eles. Assim, insere o modelo de valores no modelo de princípios, a partir da atribuição de peso relativo aos princípios de direitos fundamentais. Para isso, esclarece que o Tribunal Constitucional Alemão em muitas ocasiões concebe as normas de direito fundamental como típicos princípios. Assim, indica que o princípio da proporcionalidade consiste, na verdade, em um mandamento de otimização, quiçá uma máxima de proporcionalidade. Desta forma, confere uma racionalidade procedimental realizada através da ponderação e da argumentação *jusfundamental correta*.

Uma vez que afirma não existir uma relação de precedência condicionada absoluta entre os princípios ou valores constitucionais, em que nenhuma das normas é inválida e nenhuma possui uma precedência absoluta, a colisão entre os princípios exige uma ponderação de valores aplicáveis ao caso em exame. A partir da constatação de que *entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão*³⁰⁴, afirma que a análise do Tribunal Constitucional Alemão nas relações de colisão entre princípios e os direitos

³⁰³ BONAVIDES, P. op. cit., p. 396. Neste sentido recorde-se a locução constitucional: art. 5º, § 2º *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados(...)*

³⁰⁴ ALEXY, R. op. cit. p. 111.

fundamentais. Há que se empregar a máxima da proporcionalidade em suas três formas: primeiramente partir da verificação da adequação, em seguida da necessidade da medida e, por último, caso não se chegue a uma solução, há que se valer de um terceiro subprincípio, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Os três subprincípios do princípio da proporcionalidade que ele descreve como máximas parciais são as adequações entre meio e fim, a necessidade ou o postulado do meio mais benigno, e a proporcionalidade em sentido estrito, que para ele consubstancia-se em verdadeiro postulado da ponderação³⁰⁵. Este último, a proporcionalidade em sentido estrito, esclarece que se trata da relativização das possibilidades jurídicas. Os dois primeiros, a adequação e a necessidade, constituem-se em mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas. Estabelece ainda que estes três subprincípios não são verdadeiros princípios, pois não sofrerão a relação de ponderação ou precedência condicionada entre si. Outrossim, como funcionam de maneira a serem ou não satisfeitos (acarretando, com isso, a ilegalidade), constituem-se em verdadeiras regras³⁰⁶, uma vez que funcionam à maneira do tudo ou nada.

No que tange as objeções quanto à racionalidade e à segurança dos juízos fundados na ponderação, Alexy adverte que a prevalência condicionada de um princípio sobre outro deve ser sempre fundamentada e, portanto, controlável racionalmente. Além disto, lembra que a ponderação não acarreta num único resultado correto, mas este fato por si só não determina a irracionalidade do

³⁰⁵ Cf. ALEXY, *idem*, p. 112-113.

³⁰⁶ Cf. ALEXY, *idem*, p. 112.

método, o que deve advir da argumentação jusfundamental correta. Desta forma, a racionalidade não pode ser apenas a normativa em se tratando de um sistema aberto.

A lei da ponderação, sob a qual se vai inferir o alcance de um determinado princípio, traduz-se na medida em que *quanto maior o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação de outro, e essa regra vale para todos os princípios*³⁰⁷. Ela deixa claro que os princípios adquirem sua importância e peso no trato com outros princípios e regras. Assim, seu valor será sempre relativo. Ainda alerte-se para o fato de que este modelo de ponderação busca a otimização de um princípio, com o que corresponde ao princípio da concordância prática proposto por Hesse³⁰⁸.

A colisão pode manifestar-se de duas formas: a horizontal (direito de um indivíduo *versus* o direito de outro indivíduo) ou a vertical (direito do indivíduo *versus* Estado ou direito da comunidade)³⁰⁹. Em ambos os casos o particular tem direito à proteção.

Canotilho, no que segue Alexy, considera que no trato dos direitos fundamentais, o princípio da reserva legal sofre mutações, já que, a lei, neste momento, está vinculada a valores e fins.

A crítica de Habermas³¹⁰ à teoria de Alexy funda-se essencialmente no ponto referente aos valores. Segundo ele, a inserção de valores dentro de um modelo de princípios torna-se equivocada, pois suas qualidades e sua

³⁰⁷ ALEXY, R. Op.cit.,p. 161.

³⁰⁸ Cf. ALEXY, R. Op. Cit., p.167.

³⁰⁹ Cf. STEINMETZ, W. Op. cit., p. 139.

³¹⁰ Cf. HABERMAS, J. Op. cit., p. 316-317.

aplicabilidade são inconciliáveis e situam-se em quatro níveis. O primeiro deles alude a que princípios são normas. Possuem, em consequência, um caráter deontológico. Os valores não são normas, mas constituem preferências compartilhadas, radicam em uma justificação teleológica. O segundo nível consolida-se na idéia de que princípios são válidos ou inválidos, uns valores são preferíveis aos outros. No terceiro aspecto ou nível, Habermas reporta que os princípios são mandamentos, prevêm a obrigatoriedade absoluta do seu cumprimento, os valores são sempre relativos. O quarto nível supõe que os princípios implicam a coerência do sistema. Já os valores estão sujeitos a tensões pela sua flexibilidade. Na mesma linha, afirma que os direitos fundamentais constituem-se em normas obrigatórias e não preferíveis. Parece, ao que tudo indica, que Habermas tem razão ao afirmar que apenas a transparência das decisões e a racionalidade demonstrada, não a transformam em racionalidade democrática e legítima. Por outro lado, a exigência da fundamentação correta orientada pelos direitos fundamentais confere a legitimidade no sentido de afastar a arbitrariedade dos julgados.

3.2.3. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso, desdobra-se em três subprincípios, quais sejam: da adequação ou conformidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.3.1.O princípio da adequação.

O princípio da adequação procura determinar se os meios utilizados pelo Poder Público foram adequados para alcançar determinado fim. A indagação gira em torno da idoneidade da medida restritiva de direitos para a consecução de um fim. É pertinente observar que com esse princípio a relação de causalidade entre meio e fim torna evidente a decisão revestida de razoabilidade, pois a escolha do meio não pode ser arbitrária.

Penalva³¹¹ adverte que todo juízo de adequação faz-se sempre em face ao caso concreto, única situação que permite saber se a medida tomada foi adequada para alcançar o objetivo ditado pela norma. Por isso, para ele é possível haver uma adequação apenas parcial entre o meio empregado e o fim a que se destina. Esclarece também que, por vezes, o legislador ao criar uma lei não pode prever seu resultado posterior, por ela ser abstrata e aplicável a casos diversos.

O princípio da adequação significa que toda restrição ou limitação a direito fundamental deve ser *idônea à consecução da finalidade perseguida*³¹². A título de objeção cumpre salientar que uma medida somente é não-idônea se o for completamente³¹³. Assim, fica impossível saber qual o meio idôneo dentre tantos deve prevalecer. Por outro lado, o meio é adequado se através dele pode-se alcançar o resultado almejado.

3.2.3.2.O princípio da exigibilidade ou necessidade.

³¹¹ Cf. PENALVA, E. Op. Cit., 294-295.

³¹² Cf. BARROS, S. op. cit., p. 76.

³¹³ Cf. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 157.

O princípio da exigibilidade pressupõe o respeito à esfera de liberdade do indivíduo e a obrigatoriedade em não invadi-la ou fazê-lo com o máximo de restrições. Também chamado princípio da necessidade (pois neste momento a questão limita-se à escolha do meio menos gravoso para o cidadão), o meio que crie uma situação ainda que desagradável, mas a melhor dentre todas as possíveis para a realização do interesse público, porque a menos lesiva aos direitos fundamentais. Por isto o princípio da necessidade foi denominado postulado do meio mais suave. Além disso, conforme Gilmar Ferreira Mendes³¹⁴, somente o que se considera adequado pode ser necessário ou exigível. Por outra via, o que é necessário não poderá ser inadequado.

Barros remete à questão de que a exigibilidade de uma medida restritiva de direito fundamental deve ser pertinente ao caso concreto, à *otimização de possibilidades fáticas*³¹⁵. Isto equivale a dizer que a medida deve ser qualitativa e quantitativamente necessária, o que é verificável, por exemplo, em relação à duração de uma medida cautelar que restringe um direito afim de preservá-lo. Trata-se da *conexão material*³¹⁶ dos meios e fins da medida adotada. Isto porque o princípio da necessidade exige uma ponderação entre os meios e os fins, realizando o meio mais idôneo, o menos gravoso e igualmente eficaz³¹⁷. Parece evidente que a atuação do juiz na escolha da medida para o caso concreto

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro.** *Seleções Jurídicas da COAD*, São Paulo, n8, pp. 11-25, jul. 1993.. P. 15.

³¹⁵ Cf. BARROS, S. op. cit. p. 81.

³¹⁶ BARROS, S. op. cit., p. 79.

³¹⁷ Princípio expressamente acolhido pelo Tribunal Alemão: “é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”. BARROS, S. op. cit., p. 80.

possui uma faceta de subjetividade mas ressalta que, apesar disso, essa apreciação da medida adotada possui um caráter objetivo que viabiliza o seu controle³¹⁸. Outrossim, percebe-se que a verificação do princípio vincula tanto o legislador quanto o órgão executivo.

Canotilho³¹⁹ elenca alguns princípios informadores do princípio da exigibilidade ou necessidade. Como primeiro princípio informador figura a necessidade material, segundo a qual o meio empregado deve ser o mais *poupado* possível na limitação dos direitos fundamentais; o segundo, a *exigibilidade espacial*, que remete à limitação no âmbito da intervenção; o terceiro, a *exigibilidade temporal*, que limita no tempo a atuação do poder público que restrinja o direito do cidadão; como quarto e último, a *exigibilidade pessoal* que limita a medida coativa apenas à pessoa ou pessoas que forem atingidas com a restrição.

3.2.3.3. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Enquanto o princípio da necessidade e o da adequação verificam a otimização em relação às possibilidades fáticas, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve otimização de possibilidades jurídicas. Além disso, exige a reciprocidade razoável e racional entre o meio adotado e o fim perseguido³²⁰. Para Stumm, confunde-se com a pragmática ou lei da

³¹⁸ Cf. BARROS, S. op. cit., p. 81.

³¹⁹ Cf. CANOTILHO, J. op. cit., p. 387.

³²⁰ Cf. STEINMETZ, W. op. cit., p. 152.

ponderação³²¹ em virtude do *espacio de discricionariadade semântica* do sistema jurídico constitucional, eminentemente aberto.

O princípio da proporcionalidade em estrito senso configura o terceiro aspecto da máxima da proporcionalidade, pois que atua sempre conjugado com os princípios da adequação e da necessidade, haja vista que em algumas situações concretas torna-se tarefa demasiado árdua determinar o meio menos restritivo, uma vez que mesmo este meio menos gravoso pode vir a ferir outro direito constitucionalmente protegido. Desta forma, o que se constata é a ponderação de valores, justificada pela prevalência de um direito ou interesse sobre outro.

Barros argumenta que o controle da proporcionalidade em sentido estrito, em medidas restritivas de direitos fundamentais pode ser feito através de outros princípios, entre eles o da concordância prática e o da proteção do núcleo essencial de um direito³²². A questão do núcleo essencial dos direitos fundamentais admite algumas ponderações e concepções, dentre elas a de cunho absoluto³²³, para a qual o núcleo essencial de um direito fundamental consiste em um núcleo duro, intocável e abstrato, ou seja, valeria sempre para o mesmo direito em qualquer situação, sem o qual o próprio direito pereceria. A outra concepção relevante é a chamada relativa, para a qual esse núcleo do direito fundamental somente pode ser determinado face ao caso concreto.

³²¹ Cf. STUMM, R. op. cit., p. 80.

³²² Cf. BARROS, S. op. cit., p. 87.

³²³ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., p. 233.

Ressaltam Canotilho e Moreira³²⁴ que os meios legais restritivos e os fins que se obtêm da sua operação devem estar situados dentro de uma justa medida, o que significa dizer que mesmo as medidas legais devem ser proporcionais e não excessivas na persecução do fim.

Por derradeiro, Alexy afirma que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o próprio mandato de ponderação³²⁵. Por conseguinte formula sua *lei da ponderação* nos seguintes termos: *quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro*³²⁶. Neste raciocínio, estabelece que toda *ponderação jusfundamental correta*³²⁷ encontra seu corolário em uma norma de direito da espécie regra, que sofrerá a subsunção no caso concreto.

3.3. O princípio da proporcionalidade enquanto princípio de justiça.

Os princípios são a expressão de uma justiça material, *conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito*³²⁸, afirma Enterría. Assim, a realização do valor justiça consiste no fim principal do Estado de Direito³²⁹. Neste sentido a igualdade enquanto *ratio legis* tem o escopo de realização dessa justiça: para igualar, então, indivíduos entre si ou indivíduo e Estado há que desigualar.

³²⁴ Cf. CANOTILHO, J.J.G., MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 152.

³²⁵ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 112.

³²⁶ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 161. Na versão em espanhol da obra: *cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afetación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*.

³²⁷ Cf. ALEXY, R. op. cit., p. 94.

³²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales Del Derecho**. Madrid, 1984, p. 31.

³²⁹ Cf. STUMM, R. op. cit., p. 118.

A ponderação das possibilidades fáticas e jurídicas ou o princípio da proporcionalidade em sentido amplo pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental, quanto nos princípios do Estado de Direito, como na *prática jurisprudencial ou no conceito de justiça*³³⁰.

Penalva³³¹ constata, a título de objeções ao princípio da proporcionalidade, algumas controvérsias, dentre elas a dificuldade de determinação do conteúdo do princípio, a insegurança jurídica decorrente do trato do juiz com questões de natureza legislativa, a instabilidade jurídica que surge quando o princípio *desautoriza a lei*, a redução do conteúdo das liberdades e o abalo do equilíbrio dos poderes, uma vez que o juiz acaba vez por outra invadindo a esfera dos poderes do legislador. Stumm, por sua vez, comenta as objeções e afirma que a atuação do juiz radica em adequar os critérios políticos de determinada norma para o caso concreto, complementando, assim, a norma a partir dos valores sociais. Ainda que o juiz, nessa atuação, aja em concordância com sua função jurisdicional de proteção e respeito aos limites dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade seguem a mesma natureza de normas abertas. Este último, porém, tem seus limites conferidos pelos direitos fundamentais, o que limita a atuação do juiz está limitada dentro do próprio corpo normativo constitucional. Por esta razão, defende a autora que não há como se cogitar o governo dos juizes, posto que estes estão vinculados à constituição e aos limites jusfundamentais, o que faz com que sua atuação seja

³³⁰ ALEXY, R. op. cit., p. 115.

³³¹ Cf. PENALVA, op. cit., p. 283-287.

no sentido de adequar a norma para que produza a otimização do resultado no caso sob *judice*. A garantia do respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais enquanto pressuposto do Estado de Direito consiste na margem de segurança do sistema³³².

Ainda segundo Larenz, o princípio da proporcionalidade tem o caráter de princípio jurídico-material porque possui conteúdo material, que decorre *diretamente da noção de justiça, da justa medida, da moderação, e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade*³³³. Contrariamente, Alexy atenta para o caráter formal do princípio da proporcionalidade. Na doutrina brasileira, também Ávila³³⁴ o faz, por entender que isso constitui uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos na relação, qual seria o meio mais adequado, o necessário e o não excessivo.

Ainda Perelman³³⁵ ressalta que quando aparecem antinomias em relação à justiça formal, é imprescindível que se utilize a equidade, pois ela tende a diminuir as desigualdades materiais. Assim, a justiça formal se resume *simplesmente à aplicação correta de uma regra. Esta conclusão nos faz compreender imediatamente em que medida a justiça formal constitui o elemento comum a todas as concepções de justiça concreta: cada uma delas preconiza uma*

³³² Cf. STUMM, R. op. cit., p. 83-84.

³³³ LARENZ, K. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luis Díes-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 145.

³³⁴ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar 1999, p. 169.

³³⁵ PERELMAN, C. op. cit., p. 44. *Quando aparecem antinomias da justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorreremos à equidade. (...) A equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça formal, é tornado impossível pelo fato de se levar em conta, simultaneamente, duas ou várias características essenciais que vêm entrar em choque em certos casos de aplicação.*

regra diferente, mas todas afirmam que ser justo é aplicar uma regra, a delas.

Aqui a regra para se buscar a justiça é o princípio da proporcionalidade.

Lembra Gavara de Cara³³⁶ que o Tribunal Constitucional Alemão deriva o princípio da proporcionalidade diretamente do princípio do Estado de Direito³³⁷, o que leva ao argumento de que o princípio do Estado de Direito possui uma acepção formal, mas também uma acepção material permeada pela idéia de justiça. Se o princípio da proporcionalidade deriva do Estado de Direito e este possui a dupla acepção, formal e material, resta ao menos possível que aquele também possua tais acepções. O princípio da proporcionalidade, contudo, encontra sua fundamentação também no conteúdo essencial³³⁸ dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade humana, do devido processo legal, entre outros.

3.3.1. A justiça como equidade e o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado ao princípio da igualdade, isto porque trata-se da isonomia como idéia de equidade à

³³⁶ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía Del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 314.

³³⁷ Esta fundamentação do princípio da proporcionalidade no princípio do Estado de Direito foi recepcionada por diversas doutrinas entre elas, a espanhola, a portuguesa e a brasileira. Para tanto vide: Penalva na doutrina espanhola, Canotilho na portuguesa e na doutrina brasileira por todos Bonavides.

³³⁸ Em relação ao conteúdo ou núcleo essencial, Gilmar Ferreira Mendes esclarece que a proteção do núcleo essencial deriva da supremacia da Constituição e do conteúdo e significado dos direitos fundamentais, mesmo que não esteja expresso, trata-se de princípio imanente. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, IBDC, 1998, p. 35.

maneira aristotélica da justiça distributiva. *A verdadeira igualdade reside, indubitavelmente, na proporcionalidade*³³⁹.

Tanto o princípio da proporcionalidade quanto o princípio da igualdade, dentro de um sistema de direitos fundamentais, consistem em instrumentos que o garantem e aperfeiçoam³⁴⁰. Porém não se confundem os dois princípios.

Bobbio³⁴¹ leciona que igualdade lembra sempre uma medida de comparação entre dois ou mais bens ou direitos que se relacionam. Nesta relação a igualdade possui dois aspectos: o primeiro proíbe discriminações e privilégios, e o segundo exige que se *trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*³⁴². Por esta via percebe-se que o princípio da igualdade possui um conteúdo axiológico, uma vez que se identifica com a idéia de justiça.

Mesmo que o caráter formal seja prevalente ao princípio da proporcionalidade, ele interage com o princípio da igualdade na busca da justiça. Motta da Silva lembra que a concepção de justiça compreende igualdade e proporcionalidade. Assim, *o critério, termo igual, designa aquilo que corresponde ao meio termo. Entre as ações que denotam o máximo e aquelas que indicam o mínimo, o meio termo corresponde à igualdade. O justo representa o gênero daquilo que é proporcional. A proporcionalidade não é tomada no sentido*

³³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1991, p.36.

³⁴⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 63-65.

³⁴¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.7.

³⁴² ARISTÓTELES. *Política*, Livro III, capítulo V, p. 204.

*de quantidade numérica, mas como de igualdade de razões.*³⁴³ O princípio da proporcionalidade, por outro lado, consiste no *meio de racionalizar a ponderação de bens*³⁴⁴ utilizado pelos tribunais. Esta prática da ponderação, ao responder ao princípio ético da justa medida, constitui-se em *princípio jurídico material*³⁴⁵, uma vez que interatua com o princípio da igualdade transformando-o em igualdade material, pois a igualdade será verificada face ao caso concreto. Esta igualdade realiza a justiça material.

O Tribunal Constitucional Alemão³⁴⁶ entendeu que, sempre que o princípio da igualdade for violado sem um *fundamento razoável*, será uma prática arbitrária. Assim parece que o princípio da proporcionalidade é derivado do princípio da igualdade, uma vez que a desigualdade, sendo proporcional, torna-se perfeitamente justificada face ao caso concreto. Larenz³⁴⁷, neste sentido, considera que quando estão presentes os motivos para que o tratamento diferenciado ocorra, o princípio da proporcionalidade substituirá o da igualdade na determinação do justo racional, mas para isto há que se respeitar os limites razoáveis que o princípio da proporcionalidade, através dos seus subprincípios, desvenda no exame do caso.

3.3.2. O princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro.

³⁴³ SILVA, Moacyr Motta da. **O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz.** Novos estudos jurídicos. Itajaí, ano V, n.08, p. 07-15, abril/1999, p. 10.

³⁴⁴ STUMM, R. op. cit., p. 89.

³⁴⁵ PENALVA, op. cit., p. 501.

³⁴⁶ Cf. CANARIS, C. op. cit., p. 226.

³⁴⁷ Cf. LARENZ, op. cit., p. 138.

O Estado Brasileiro caracteriza-se por constituir um Estado de Direito Democrático³⁴⁸. Esta afirmação constitucional implica em conferir um caráter complexo ao Estado Brasileiro porque as duas facetas - Estado de Direito e Estado Democrático- não podem estar dissociadas. O primeiro é o Estado regido pela lei elaborada por processos formais determinados pela Constituição deste Estado. O Estado Democrático constitui-se também em Estado de Direito em que os diversos interesses da sociedade são abarcados e protegidos. Como a sociedade brasileira é essencialmente plural, a Constituição remete a este Estado de Direito como ao Democrático.

Ademais, sob o prisma da fundamentalidade das normas, a Constituição brasileira possui caráter misto: ela implica em normas materiais de direitos fundamentais e normas procedimentais. Desta forma, este Estado de Direito erige desde logo os fins que busca e os valores que desposa.

Conforme Suzana Barros, o princípio da proporcionalidade é um dos princípios que continuamente são descobertos no ordenamento jurídico dentro do Estado de Direito, e se impõem devido à sua força, razão pela qual, apesar de não figurar explicitamente no sistema jurídico brasileiro, desde que possa ser haurido de outros princípios constitucionais, resta aí sua caracterização, e caberá aos tribunais sua aplicação³⁴⁹. A autora confere, ainda, um status de garantia especial ao princípio, pois qualquer interferência estatal deverá ser consoante aos subprincípios da proporcionalidade, necessária, adequada e na justa medida.

³⁴⁸ CRFB 1988: Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)*

³⁴⁹ BARROS, S. op. cit., p. 90-93.

A validade do princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro radica no princípio da supremacia constitucional e da relevância dos direitos fundamentais na estrutura constitucional rígida³⁵⁰. Isto significa que, não obstante o fato de não constar expressamente a proteção do núcleo essencial no trato dos direitos fundamentais, ainda assim ela aparece imanente ao sistema jurídico-constitucional brasileiro. Contudo, a prática jurisprudencial brasileira ainda sofre de um apego excessivo ao princípio da separação dos poderes³⁵¹, omitindo-se à análise e controle dos atos discricionários do Poder Público. Não obstante o controle dos atos discricionários serem de competência da Administração Pública, ainda cumpre ao Poder Judiciário verificar sua legitimidade. Não é noutra acepção a lição de Gordillo³⁵², quando determina que a *decisão “discricionária” do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é “irrazoável”, se não expressa desde logo os fundamentos de fato ou de direito que levaram àquela decisão, quando não considera os fatos atinentes à questão ou decisão baseada em fatos e provas inexistentes, e ainda quando a medida for desproporcional ou excessiva aos fins almejados pela lei. Assim, a verificação e o próprio controle dos atos discricionários pelo Judiciário constituem função jurisdicional e não de ingerência na esfera de outro poder.*

No direito brasileiro uma decisão ficou amplamente conhecida referente ao princípio da proporcionalidade quando foi empregado no controle de

³⁵⁰ STUMM, R. op. cit., p. 141-142.

³⁵¹ Cf. BARROSO, L. op. cit., p. 213.

³⁵² Cf. GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184.

constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1993, na concessão da medida liminar que suspendeu a lei paranaense referente ao gás liquefeito. Na referida decisão³⁵³, o Supremo Tribunal Federal utiliza duas expressões, a proporcionalidade e a razoabilidade, sugerindo que seriam duas situações diversas.

O princípio da proporcionalidade tem sido estudado especialmente consoante à sua aplicação no controle de constitucionalidade das leis. Assim sendo, sua análise radica na exigência da igualdade proporcional pelo legislador na busca de resultados.³⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal, ainda, tem utilizado o princípio da proporcionalidade ora inspirado no direito americano, tratando dele como princípio da razoabilidade, ora no direito alemão, enquanto princípio de proporcionalidade. A questão terminológica, embora o estudo tenha se originado em continentes diversos, segundo alguns entendimentos doutrinários torna-se irrelevante, uma vez que o método de ambos se identifica e em raras vezes os Ministros do Supremo Tribunal Federal refram-se aos dois institutos como sendo distintos. A despeito disto, e dos testes da razoabilidade do direito americano, como já foi justificado anteriormente, o que se verifica é que de fato não há como confundir razoabilidade e proporcionalidade.

³⁵³ *Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia). 24 e §§, 25, §2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.* BARROS, S. op. cit., p. 73-74.

³⁵⁴ Cf. BARROS, S. op. cit., p. 25.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo efetuado até aqui pode-se inferir algumas observações a título de considerações finais, dentre elas que os direitos fundamentais constituem um conjunto de bens positivados em uma constituição que estão em uma posição hierarquicamente superior dentro de uma ordem normativa. Além disso, são destinados às satisfações das necessidades legítimas da pessoa em relação aos valores de liberdade, igualdade e dignidade. Cumpre, também, reconhecer os direitos fundamentais enquanto normas possuidoras de valores supremos de justiça, e que permeiam todo o ordenamento jurídico. Ainda deve-se perfilhar que as normas definidoras de direitos fundamentais comportam princípios e regras constitucionais, que se conjugam e se harmonizam face às possibilidades fáticas e jurídicas, através do método da ponderação. Nesta esteira, a teoria dos princípios é adequada ao sistema jurídico-constitucional fundamental enquanto sistema aberto.

Apesar destas considerações, e da afirmação do respeito aos direitos fundamentais, por causa do caráter principal destes direitos e bens, cumpre lembrar que as restrições e configurações podem ser realizadas nos âmbitos legislativo infraconstitucional e judiciário. Este último trata do caso concreto. Assim o princípio da jurisdição e a atuação do juiz no caso concreto, somente se legitimam através da sujeição aos direitos fundamentais. Ressalte-se que dentre as três esferas de poder, executiva, legislativa e judiciária, esta última é a única que não comporta o preenchimento dos cargos pela via democrática,

apesar do que, a constituição determina a forma de preenchimento dos cargos, conferindo-lhe, assim, legitimidade e vinculando sua atuação à Constituição.

Outrossim, contemporaneamente não se pode mais assentir com a idéia outrora difundida de que o juiz seja a boca da lei. Ora, o juiz, além de órgão da jurisdição, é também um ser dotado de racionalidade e de seus valores, não é fiel ao mito da neutralidade, mas responde pela imparcialidade do seu julgamento, conferindo justiça no caso concreto.

Por conseguinte, acerca da justiça, parece que desde a Antigüidade a grande maioria dos autores a entende segundo uma certa idéia de igualdade. Desta forma, para se alcançar o desiderato da justiça, um dos princípios orientadores da jurisdição, de que se vale o juiz, é o princípio da proporcionalidade, que já foi identificado com a igualdade, pois a atuação jurisdicional somente se justifica na medida correta da sua aplicação com o fim de se alcançar o resultado justo.

Resta mencionar que o princípio da proporcionalidade atua dentro de uma estrutura principal frente ao caso concreto. Assim, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se por constituir uma estrutura de aplicação dos demais princípios, não consistindo ele próprio em verdadeiro princípio, uma vez que não entra na esfera de colisão de nenhum outro princípio ou na relação de ponderação. Antes ao contrário, decide, busca a solução mais aceitável para o caso. Por conseguinte também não é um princípio ou critério material, mas uma estrutura formal, uma vez que se afasta da noção de conteúdo axiológico, funciona como método de interpretação ou ponderação de bens e direitos. Além disso, as

três parciais da máxima da proporcionalidade funcionam à maneira de regras como bem ressaltou Alexy, restringindo ou conformando os princípios em colisão. Ao mesmo tempo, existem disposições que podem constituir-se ora em princípio, ora em regra, como o caso da igualdade.

Destarte, toda ordem de primazia ocorre face ao caso concreto, não subsistindo uma ordem hierárquica de primazia entre direitos fundamentais *in abstracto*. A ponderação acontece, pois, no plano concreto da colisão. Urge ressaltar que a ponderação prescinde da argumentação racional que justifica o peso atribuído aos princípios colidentes, tornando-o, assim, um procedimento racional.

Desta investigação, cumpre, ainda, frisar que o princípio da proporcionalidade também não é sinônimo de razoabilidade, pois seus objetos e fins são diversos. O primeiro busca uma relação meio-fim, o segundo trata da situação individual da pessoa que sofre a restrição do direito.

Os dois princípios, então, que devem estar integrados, não se confundem. Além disso, o princípio da proporcionalidade não é um princípio material, antes um princípio formal que viabiliza a realização material do princípio da justiça, da mesma forma que princípio não se confunde com valor, posto que se trata de norma, mas traz dentro de si as opções de valor.

Como se extrai, além da razoabilidade de que deve o juiz se valer na sua atuação enquanto órgão jurisdicional, é de bom alvitre que se utilize o princípio da proporcionalidade para que se encontre o meio termo, o equânime, e assim, possa-se alcançar a justiça do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARISTÓTELES. **A ética a Nicômaco**. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1985.

_____. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1988.

ARRUDA ALVIM, Angélica. **Princípios constitucionais do processo**. In: Revista de Processo, n. 74, ano 19, abr-jun/1994, p.20-39.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ASSIS, Araken de. **Manual de processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Atos administrativos e direito dos administrados**. São Paulo: RT, 1986.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas dos direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2, São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

_____. **O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Maira Celeste C L Santos. São Paulo: UNB, 1989.

_____. **Dicionário de política.** Trad. Carmem Varrialle et al. 5. ed. Brasília: Edunb, 1993.

_____. **Igualdade e liberdade.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Edíouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Código Civil.** 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 – (Legislação brasileira).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Atual. Até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1989.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil.** Trad. Santiago Meledo. Buenos Aires: Europa-América, 1986.

_____. **Eles, os Juizes, vistos por nós, os advogados.** Lisboa: Clássica, 1977.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed.São Paulo: Calouste Gulbenkian, 1985.

CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoria de las fuentes del Derecho**. In: *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. 2, abril-junho/88.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. reimp. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____ **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto A de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____ **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto A de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição – noções fundamentais**. Revista de Processo, v. 19, p. 9-22, 1980.

CASTRO FILHO, José P de. **Princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil**. In: Revista de Processo, n. 70, ano 18, abr-jun/1993, p. 154-165.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed, Napoli, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 9. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

COLE, Charles D. **O devido processo legal na cultura dos Estados Unidos: Passado, presente e futuro**. Revista AJUFE, ed. n. 56, agosto/setembro/ outubro, 1997, p. 34.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giappichelli, 1952.

DANTAS, F.C.de San Tiago. Igualdade perante a lei e o “due process of law, *In Problemas de direito positivo (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DELGADO, José Augusto. **A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão**. In: Revista de Processo n. 65, ano 17, jan-mar/1992, p. 89-103.

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____ et alli. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constituicion como norma y el tribunal constitucional**. 2.ed. Madrid: Civitas, 1982.

_____. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales Del Derecho**. Madrid: Civitas, 1984.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: sua revisão no discurso de juristas brasileiros, a partir da contribuição de J.J. Gomes Canotilho**. Florianópolis. 1996. 215 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1990.

FARIAS, Domenico. **Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali**. Milano: Cedam, 1981.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. VIII edizione. Milani: Cedam, 1996.

FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía Del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.** Madrid: Colex, 1990.

GORDILLO, Agustín. **Introducción al derecho administrativo.** 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

_____. **Princípios gerais de direito público.** Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. **Noronha's Legal dictionary= Noronha Dicionário Jurídico: English-Portuguese, English= Inglês-Português, Inglês.** 1. ed. São Paulo: Observador Legal, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **A Ordem econômica na Constituição de 1988.** 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A Constituição brasileira e as normas programáticas.**

Rev,Dir. Const. e C. Política, 4.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** Vol. I, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **O processo constitucional em marcha – contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.** Max Limonad, 1985.

_____. **As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas.** Revista de Processo, v. 43, p. 19-30, 1986. p. 21.

_____. **Liberdades públicas e processo penal.** 2. ed. São Paulo, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional.** Fortaleza: EFC, 1989.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. **Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública.** In: Revista de Processo nº 82, ano 21 abril-junho/1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HÉLIE, Faustin. **Traité de l'institution criminelle**. ed.atual. por J.S.G. Nypels e Léopold Hanssens, Bruxelles: Braylant-Christophe, 1865, t.1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Selección e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. L. Cabral Moncada. 5. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1980.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. João B. Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1960.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **O que é a justiça.** Trad. Luis C. Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O problema da justiça.** Trad. João B. Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica.** Trad. Luis Díes-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política.** Trad. Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Manual de derecho procesal civil.** Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Europa-América, 1976.

_____. **La opposizioni di mérito nel processo de esecuzione.** Roma, 1931.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis.** 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, Mônica Sete. **A equidade e os poderes do juiz.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Edunb, 1980.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1991.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito internacional público: Tratados e convenções**. 4.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, IBDC, 1998.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro**. Seções Jurídicas da COAD, São Paulo, n8, pp. 11-25, jul. 1993.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Rio de Janeiro: 1979.

MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, II, 3. ed.Coimbra: Coimbra, 1994.

MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos.** Trad. Provisória de Peter Naumann. Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, de 4 a 8 de setembro de 1994, p. 100-106.

_____. **Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem.** Trad. Peter Naumann. In: Anais da XV Conferência Nacional da OAB. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 535-545.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito.** Coimbra: Separata do volume XXIX do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de et alli. **Elementos para uma nova teoria geral do processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica.** Florianópolis: OAB/ed., 1999.

PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitución, jurisdicción y proceso.** Madrid: Akal, 1990.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade.** Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição brasileira de difusão cultural S.A., 1965.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____ **Liberalismo político.** Trad. Sérgio René Madero Baez. México, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1984.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores.** Trad. Marco Antônio Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Moacyr Motta da. **O princípio da razoabilidade como expressão do princípio da justiça e a esfera dos poderes jurisdicionais do juiz.** In: Novos

estudos jurídicos. UNIVALI, Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, 5ª. N. 8-1999 – Itajaí.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de processo civil**. V. 1. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1985.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de F. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TRABUCCHI. **Istituzioni di diritto civile**. Padova, 1981.

TUCCI, Rogério Lauria, CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

«<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/constitution/amends.htm>» Acessado em 22/05/2001

«<http://www.britannia.com/history/docs/june-magna-carta.htm>». Acessado em 22/05/2001.

«<http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1776-1800/independence/virdor.htm>» Acessado em 22/05/2001.

GLOSSÁRIO

ACESSO À JUSTIÇA: possibilidade de ingresso em juízo do maior número possível de pessoas pelo acesso à ordem jurídica justa, que se materializa através de mecanismos facilitadores de acesso.

AÇÃO: poder que tem a parte de desencadear a função jurisdicional do Estado e de participar necessariamente do desenvolvimento da atividade processual, tendo em vista a obtenção de um provimento jurisdicional relativamente a uma situação jurídica subjetiva ou objetiva afirmada.³⁵⁵

ANTINOMIA: encontro de duas proposições incompatíveis que não podem ser ambas verdadeiras.³⁵⁶

CONSTITUIÇÃO: conjunto peculiar de princípios orgânicos característicos, reunidos em um documento formal, aonde consta a forma de divisão do poder político, os direitos fundamentais do cidadão e suas garantias.

CONSTITUCIONALISMO: técnica da liberdade, isto é, técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.

³⁵⁵ ROCHA, J. op. cit, p. 129.

³⁵⁶ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maira Celeste C L Santos. São Paulo: UNB, 1989, p. 91.

DEMOCRACIA: doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder e controle de autoridade.

DEVIDO PROCESSO LEGAL: conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. (...) direito ao procedimento adequado.³⁵⁷

DIREITOS FUNDAMENTAIS: direitos humanos ou naturais, reconhecidos pela sociedade e pelo Estado, em determinada época, insculpidos em um documento formal, uma Constituição.

ESTADO DE DIREITO: Estado que se caracteriza pela separação e distribuição do poder na estrutura política do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com aplicação da lei geral e abstrata por parte de juízes independentes liberdade de concorrência de mercado e reconhecimento do direito de propriedade.

É o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efectiva dos direitos fundamentais que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado.³⁵⁸

JURISDIÇÃO: a) função do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei através da atividade de órgãos públicos, substituindo a atividade de

³⁵⁷ CINTRA, A. op. cit, p. 75.

³⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito**. Coimbra: Separata do volume XXIX do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987, p. 17.

particulares ou de outros órgãos públicos, afirmando a existência da vontade da lei ou tornando-a efetiva.³⁵⁹

b) função estatal que tem a finalidade de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário.³⁶⁰

JUSTIÇA: Fim social, conceito normativo, noção ética fundamental e não determinada.³⁶¹ Conformidade com o direito; virtude de dar a cada um o que é seu.³⁶²

LEGALIDADE: atributo ou requisito do poder alicerçado juridicamente.

LEGITIMIDADE: atributo de um Estado que consiste na presença em uma parcela significativa da população; de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força.

PRINCÍPIOS: a) proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.³⁶³

b) toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.³⁶⁴

³⁵⁹ ROSAS, R. op. cit., p. 17.

³⁶⁰ ROCHA, J. op. cit., p. 52.

³⁶¹ BOBBIO, N, MATTEUCCI, N, PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Trad. Carmem Varrialle et al. 5ª ed. Brasília: Edunb, 1993, vol 1-2, p. 660-661.

³⁶² HOLANDA FERREIRA, A. op. cit., p. 996.

³⁶³ BONAVIDES, P. op.cit., p. 240.

³⁶⁴ CRISAFULLI, V. op. Cit., p. 15.

c) Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais [...] os princípios gerais são normas como todas as demais.³⁶⁵

PROCESSO: é a sequência de atos, praticados pelos órgãos judiciários e pelas partes, necessários à produção de um resultado final, que é a concretização do direito, ou seja, a sua realização no caso concreto e em última instância.³⁶⁶

³⁶⁵ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 158.

³⁶⁶ ROCHA, J. *op. cit.*, p. 167.